

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

---

## TABLE OF CONTENTS

---

### FROM THE EDITORS

Anmerkungen zu den Unschärfen des völkerrechtlichen Rechtsbegriffs (Oliver Diggelmann) .....	381
---	-----

### ARTICLES

Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA und TTIP – Erkenntnisse und Lösungsansätze (Ludwig Gramlich & Claudia Conen) .....	391
Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement (Abdoulaye Soma) .....	417

### RECENT PRACTICE

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille (Andreas Bucher) .....	443
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international / Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015) (Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager) .....	477
La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2015 (Michel Hottelier & Vincent Martenet) .....	505
Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht (Ivo Schwander) .....	537

### DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Exclusion from Public Space: A Comparative Constitutional Analysis (Daniel Moeckli) .....	557
Freizügigkeit im Mehrebenensystem Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht (Nicolas F. Diebold) .....	560

## Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher\*

### Table des matières

- I. Protection des enfants
- II. Décision étrangère sur la garde
- III. Enlèvement d'enfant
- IV. Filiation par gestation pour autrui
- V. Arrêts en bref

### I. Protection des enfants

Convention de La Haye de 1996 – Champ d'application dans l'espace – Rapports avec les Etats non contractants – Compétence des autorités suisses

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil – 26 novembre 2015, 5A\_202/2015, ATF 142 III 1, FamPra.ch 2016 n° 33 p. 560; 20 janvier 2016, 5A\_331/2015, ATF 142 III 56; 7 juin 2016, 5A/105/106/2015

Il doit être très difficile, si ce n'est impossible, de trouver dans un seul fascicule des ATF deux arrêts incompatibles ou contradictoires, rendus par la même Cour. Le cas se présente dans le 1<sup>er</sup> fascicule de la partie III du 142<sup>e</sup> volume. Le premier des deux arrêts cités qualifie la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants de « loi uniforme », régissant tout cas international de protection d'enfants sans égard à ses liens avec des Etats non contractants, tandis que le deuxième constate que la Convention ne peut s'appliquer, « à titre de droit international », à une situation dans laquelle une mère vit avec ses enfants dans un Etat non partie, en l'espèce la Tunisie. On avouera que pour être rendus à deux mois de distance et être réunis dans le même fascicule, la méprise est de taille. Le fait que les cinq mêmes juges y ont participé laisse songeur.

En fait, il ne s'agit pas d'un simple incident, mais du prolongement de confusions sur les rapports entre le droit international et le droit national, en l'occurrence représenté par ladite Convention de La Haye, d'une part, et par l'art. 85 al. 1 LDIP, d'autre

\* Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

part. Le Tribunal fédéral rappelle à tout va dans sa jurisprudence que selon l'art. 1 al. 2 LDIP, les traités priment sur la LDIP. Cependant, est-ce qu'il a bien compris ? Dans plusieurs arrêts antérieurs aux trois derniers, il a été dit que la Convention de 1996 serait applicable « selon l'art. 85 al. 1 LDIP » (ATF 9.10.2014, 5A\_313/2014, c. 4 ; ATF 21.12.2015, 5A\_713/2015, c. 2.1) ou, plus explicite encore, « en vertu de l'art. 85 al. 1 LDIP » (ATF 28.8.2015, 5A\_246/2015, c. 2) ou en raison du « renvoi del'art.85 al.1 » (ATF 8.1.2013, 5A\_809/2012, c.2.4 ; ATF 27.6.2013, 5A\_90/2013, c. 3.3 ; ATF 19.6.2014, 5A\_146/2014, c. 3.1 ; ATF 140 V 136 ss, 141 s., c. 4.2). Si le traité doit l'emporter *a priori* (art. 1 al. 2), pourquoi faudrait-il encore chercher la confirmation de son application dans la règle de droit national de l'art. 85 ? Est-ce que l'on voudra accepter que chaque Etat décide du champ d'application de la Convention selon ce qu'il en dit dans son droit national ? L'art. 85 est une simple « règle de signalisation », attirant l'attention du justiciable sur l'existence d'une Convention. La LDIP connaît environ une dizaine de ces règles, dont le rôle est expliqué dans de nombreuses publications.

La Convention de 1996 ne contient pas de règle particulière 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, les règles de compétence s'appliquent du simple fait qu'un chef de compétence retenu par l'une d'elles 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. Il n'y a pas lieu de dégager de l'art. 85 al. 1 que la Convention de 1996 serait une loi uniforme (cf. ATF 142 III 1 ss, 4, c. 2.1). L'arrêt note judicieusement que la Convention vise directement une hypothèse présentant des liens avec des Etats contractants, puisqu'elle prévoit à l'art. 5 al. 2 que la *perpetuatio fori* ne s'applique pas dans un tel cas (comme en l'espèce, la mère ayant déménagé avec l'enfant au Qatar en cours d'instance). On a donc cru comprendre que le Tribunal fédéral ait saisi le principe essentiel, à savoir 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.

Hélas, dans l'arrêt rendu deux mois plus tard, le Tribunal fédéral comprend à nouveau autrement la Convention. 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, c. 2.1.1). Aucune disposition n'est citée, ou pourrait l'être, pour retenir une telle restriction au champ d'application des règles de compétence. On notera néanmoins que, jusqu'à ce point, le raisonnement ne s'appuie aucunement sur l'art. 85 al. 1 LDIP, contrairement à tous les arrêts qui précèdent. Ce n'est qu'après avoir conclu – faussement – que la Convention ne serait pas applicable en vertu du droit international, que le Tribunal fédéral se retourne vers l'art. 85 al. 1 afin de l'appliquer

« 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 » ? La seule règle nationale présentant un intérêt en l'espèce est la disposition subsidiaire de l'art. 85 al. 3, permettant de prendre des mesures à l'égard d'enfants domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection. La question n'est pas tranchée, faute de renseignements suffisants, et l'affaire renvoyée à l'autorité cantonale (ATF 142 III 61 s., c. 2.1.4).

La Cour de droit civil semble être perturbée par l'exigence de comprendre le champ d'application de la Convention de 1996, au point que dans un nouvel arrêt sur une affaire présentant des liens avec un Etat non contractant, le Népal, elle ne l'a tout simplement ni mentionnée ni appliquée (5A\_105/2016). Pourtant, cela devait sauter aux yeux, ce d'autant que l'arrêt constate que le déplacement des quatre enfants du couple avait un caractère « transnational » (c. 2.2). En l'espèce, le couple avait quatre enfants déjà tous au-delà de 10 ans, tous de nationalité suisse. La famille avait vécu de 2001 jusqu'en automne 2014 au Népal, cependant dans des demeures séparées dès 2010. Lorsque le père était en vacances avec les enfants en Autriche, la mère en a profité pour enlever trois d'entre eux et de les amener en Suisse, près de sa propre famille. Ils vivent depuis octobre 2014 en Suisse, tandis que la fille aînée, née en 1999, est retournée avec son père au Népal afin d'y finir son cursus scolaire. Le père a insisté en vain sur l'enlèvement illicite commis par son épouse ; le Népal n'étant pas partie à la Convention de 1980, celle-ci n'était pas applicable (c. 2.2). Le Tribunal fédéral traite le litige alors comme une affaire d'attribution d'enfants et de règlement des relations personnelles, sans se poser la question de la compétence suisse et de la loi applicable. Cette compétence était donnée par rapport aux trois enfants vivant en Suisse, en vertu de l'art. 5 al. 1 de la Convention de 1996, tandis que ce texte ne prévoit aucune compétence relativement à l'enfant vivant au Népal ; on n'a pas vu ni examiné un rôle éventuel de l'art. 85 al. 3 LDIP. L'arrêt se trompe également en admettant qu'aucun renvoi au Népal ne pouvait être ordonné du fait du défaut de la Convention de 1980. En effet, celle de 1996 permet de prendre toute mesure protectrice utile (art. 3) prévue en droit national (art. 15 al. 1), ce qui comprend l'ordre de réintégrer le domicile familial antérieur (art. 307 al. 1 CC). Sur le fond, le Tribunal fédéral procède, suivant le tribunal cantonal, à une vue d'ensemble de la situation familiale qu'il se refuse d'envisager lorsque la Convention de 1980 est applicable. Certes, on peut comprendre que pour les trois enfants ramenés en Suisse, l'absence de perspective d'avenir au Népal pesait lourdement pour leur maintien dans le pays. Cependant, il subsiste néanmoins un malaise au regard du fait que le refus de la mère de retourner au Népal est retenu comme un facteur important, alors qu'elle est à l'origine d'un enlèvement manifestement illicite même si la Convention de 1980 n'intervient pas. Dans de multiples arrêts, le Tribunal fédéral a tant insisté, de façon excessive, il est vrai, sur le fait que le ravisseur ne devait jamais invoquer une situation qu'il avait créée lui-même de

façon illicite. Dans le cas présent, tout cela est oublié. Un arrêt parallèle du même jour (5A\_106/2015) porte, en plus, sur le calcul de l'entretien à fournir par le père (c. 6). Aucune question de compétence ou de loi applicable n'est posée.

## II. Décision étrangère sur la garde

Responsabilité parentale – Procédure en cours en Hongrie – Départ de la mère et des deux enfants du couple vers la Suisse – Demande d'exécution d'un jugement hongrois attribuant les enfants au père – Convention de Luxembourg de 1980

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 25 mars 2015, 5A\_51/2015 ; 22 mai 2015, 5F\_6/2015.

Pour bien comprendre le cadre juridique de cet arrêt, trois dates sont importantes : Le 19 juin 2013, le jugement de divorce rendu par un tribunal de district attribue les deux filles du couple, âgées à ce moment de 9 et 12 ans, à leur mère, leur fils de 14 ans restant auprès de son père. Ils sont tous des ressortissants hongrois. Le jugement est frappé d'appel et n'entre pas en force. Le 4 septembre 2013, la mère amène les deux filles en Suisse, où elles sont scolarisées et vivent avec le partenaire de leur mère qui devient son mari un an plus tard. Un peu plus d'un mois après ce départ, le 17 octobre 2013, la cour d'appel renverse en Hongrie la décision de première instance et attribue les filles au père. Cette décision est suivie d'une procédure de révision qui n'empêche pas, cependant, la décision sur appel d'entrer en force. Il est important de noter qu'au moment où la mère était partie avec ses filles de la Hongrie, aucune décision judiciaire n'était applicable, et que celle rendue sur l'appel était postérieure à ce départ, rendue à un moment où les enfants ne se trouvaient plus en Hongrie.

Le 14 mai 2014, soit 9 mois après le départ des enfants et 7 mois après le jugement d'appel du 17 octobre 2013, le père requiert du Tribunal cantonal de Lucerne la reconnaissance et l'exécution de ce jugement. Curieusement, le tribunal cantonal n'était pas saisi d'une demande de retour au sens de la Convention de La Haye de 1980, mais d'une requête fondée sur la Convention de Luxembourg de 1980. Il rend son jugement le 29 décembre 2014, refusant d'exécuter le jugement hongrois et d'ordonner le retour des enfants.

Le Tribunal fédéral part du constat que l'on se trouve dans l'hypothèse d'un déplacement sans droit de l'enfant, ce qui rend applicable en principe l'art. 8 de la Convention, autorisant la restitution immédiate de l'enfant, sans observer des motifs de refus par ailleurs prévus dans la Convention (c. 3). Le délai de six mois était respecté puisque le père s'était manifesté auprès de l'Autorité centrale hongroise le 31 janvier 2014 déjà.

Manifestement, eu égard aux dates rappelées ci-dessus, la mère n'avait transgressé aucune décision judiciaire hongroise en force au moment de son départ vers la Suisse. En effet, à ce moment, la procédure d'appel était encore en cours, de sorte que le ré-

gime légal de la garde partagée des parents était applicable.<sup>1</sup> Or, la particularité de la Convention de Luxembourg consiste à ce qu'elle ne s'applique que dans l'hypothèse d'une décision dont il s'agirait d'assurer la reconnaissance et l'exécution (art. 7). Le « déplacement sans droit » dont l'art. 8 assure la sanction par la restitution de l'enfant n'est réalisé qu'au cas où l'enfant traverse une frontière internationale « en violation d'une décision relative à sa garde rendue dans un Etat contractant et exécutoire dans un tel Etat » (art. 1 lit. d). Le Tribunal fédéral insiste sur une règle complémentaire constatant que l'on est en présence d'un déplacement sans droit également dans l'hypothèse où le déplacement est « déclaré ultérieurement comme illicite au sens de l'art. 12 » (art. 1 lit. d, ii), c'est-à-dire, selon cette dernière disposition, lorsque l'on est en présence de « toute décision ultérieure relative à la garde de cet enfant et déclarant le déplacement illicite » (c. 4.2). Or, pour le Tribunal fédéral, suivant en cela le Tribunal cantonal, le jugement d'appel constitue une telle décision, dès lors qu'elle attribue les deux filles à leur père en Hongrie. Cela est faux. Cette décision, à ce que l'on en sait d'après l'arrêt fédéral, n'a fait rien d'autre que de trancher la question de la garde des deux enfants. Elle n'a pas constaté que la mère avait déplacé les enfants de façon illicite; l'arrêt du Tribunal fédéral n'en dit pas autre chose. On ne saurait évidemment pas aller jusqu'à admettre que le caractère illicite du déplacement d'un enfant puisse ressortir rétroactivement d'une décision attribuant les enfants au parent lésé avec un effet postérieur à ce déplacement. En conclusion, faute d'une décision constatant l'illicéité du déplacement des enfants, l'art. 8 de la Convention n'était pas applicable.

En pareille hypothèse, l'art. 9 étant sans pertinence, l'art. 10, avec ces nombreux motifs de refus, aurait dû s'appliquer, le litige se déclinant en une simple question de reconnaissance et d'exécution de la décision hongroise attribuant les deux filles au père. Le Tribunal fédéral ne le voit pas ainsi, puisqu'il part de l'application de l'art. 8. S'il fait néanmoins référence à l'art. 10, c'est uniquement en vertu d'une réserve que la Hongrie a formulée, lui assurant l'application du motif de la lettre a de l'art. 10 al. 1, ce que la Suisse peut également faire sur la base du principe de la réciprocité des réserves. En revanche, en partant faussement de la pertinence de l'art. 8, il n'y avait pas lieu d'appliquer le motif de la lettre b ni tous les autres.

L'arrêt de révision du 22 mai 2015 finit dans la confusion (c. 7). Il explique que l'arrêt de la cour d'appel n'était pas déterminant pour conclure à l'illicéité du déplacement, car la violation du droit était réalisée « d'une manière ou d'une autre » (« so oder anders »). Le Tribunal fédéral n'a toujours pas compris: aucune décision hongroise n'avait constaté cette illicéité, ce qui met fin à tout rôle de l'art. 8. Si cette illi-

1 Ce point n'est pas contesté. Au regard de la loi hongroise, le déplacement des enfants vers la Suisse était illicite. Le Tribunal fédéral observe par ailleurs que même dans l'hypothèse où le jugement de première instance du 19 juin 2013 était entré en force, le père aurait encore disposé du droit de prendre part à toute décision relative à la résidence de l'enfant (c. 4.2).

céité était réalisée « d'une autre manière », c'était uniquement en vertu de la loi hongroise. Or, cela ne suffit pas pour appliquer l'art. 8. Il aurait donc fallu s'en remettre à l'art. 10 en entier et appliquer notamment la lettre b de l'alinéa premier. Cette divergence était bien évidemment « pertinente », contrairement à ce que l'arrêt de révision en dit, car elle était, de l'avis du Tribunal fédéral lui-même, à l'origine de la décision cantonale qui élargissait ainsi le regard vers la prise en considération de la situation actuelle des enfants, ce que le Tribunal fédéral a sanctionné.

Le Tribunal fédéral écarte le regard du Tribunal cantonal sur la situation actuelle des enfants au motif qu'il serait fondé essentiellement sur la supposition erronée que l'aînée des enfants pourrait décider dans quelques mois librement de son lieu de séjour, avec pour conséquence qu'en cas de retour en Hongrie, elle reviendrait peu après en Suisse, subissant ainsi un « double retour » préjudiciable au bien de l'enfant. L'arrêt se lance dans une exégèse du droit hongrois qui révèle une lecture manifestement fautive des textes. Le Tribunal fédéral retient que le nouveau Code civil hongrois fixerait à l'âge de 16 ans le droit de l'enfant d'avoir une influence déterminante sur le choix de son lieu de vie ; le § 74 de la loi sur la famille de 1952, qui retient à cet effet la limite d'âge de 14 ans, aurait été abrogé (c. 5.3). Ainsi que le Tribunal fédéral a dû l'admettre dans son arrêt rendu sur une demande de révision, s'il avait lu l'édition du Bergmann/Ferid quelques pages plus loin, il aurait pu constater que cette loi avait été abrogée, en effet, mais que la disposition citée a été transférée au Code civil (§ 4:171-4). Or, cette affirmation erronée était l'argument principal pour reprocher au Tribunal cantonal d'avoir étendu trop largement le champ d'examen autorisé par l'art. 10 al. 1 lit. a. Pour le Tribunal fédéral, il aurait fallu encore attendre « plusieurs années » jusqu'à ce que les deux filles aient pu quitter le lieu d'hébergement qui leur fut assigné dans l'arrêt hongrois (c. 5.3). Au moment de l'arrêt, la fille aînée était déjà proche des 14 ans.

Si le Tribunal fédéral ne s'était pas trompé dans la lecture de la loi (traduite en allemand), il aurait pu constater que cette enfant pouvait faire valoir devant les tribunaux hongrois sa volonté de rester en Suisse peu de temps après avoir été renvoyée en Hongrie auprès de son père. Dans l'arrêt de révision (c. 4.3), le Tribunal fédéral résiste encore à admettre son erreur (ou plutôt celle de son greffier), estimant que son attention n'avait pas été attirée sur cette disposition, mais sur la règle « topique » de l'introduction d'une procédure sur la garde par l'un des parents. Or, une telle procédure en Hongrie n'aurait pas été ouverte, l'enfant ne disposant donc pas d'une occasion pour exprimer son choix. Le Tribunal fédéral se trompe encore. Il rappelle pourtant qu'une procédure de révision était encore en cours, mais ne lui attribue aucune importance ; or, l'enfant pouvait y faire part de son choix dès le jour de ses 14 ans. Si tel n'avait pas été le cas, comment répondre à la mère qu'elle n'aurait pas déjà procédé en Hongrie, alors qu'elle plaide devant les tribunaux suisses le maintien des enfants en Suisse ce qui aurait rendu inutile toute nouvelle procédure hongroise ?

Les deux enfants ont choisi de rester en Suisse auprès de leur mère. Leur volonté a été exprimée clairement et l'arrêt ne le met pas en doute (c. 6.2 ; arrêt de révision, c. 6). Pour y faire face, l'arrêt se lance dans une description hypothétique de ce que doivent ressentir les enfants, pour ensuite évacuer leur volonté. Il est dit que le déplacement des enfants et leur éloignement de la Hongrie et de leur père devait créer forcément (« *zwangsläufig* ») une communauté unilatérale des destins (« *einseitige Schicksalsgemeinschaft* »). Pour le Tribunal fédéral, une telle situation fait perdre à la volonté des enfants sa pertinence. Il serait normal que les enfants tranchent leur conflit de loyauté en faveur du parent avec lequel ils vivent en commun et dont ils dépendent (c. 6.2). L'arrêt se borne à affirmer l'hypothèse, sans la vérifier au regard de l'état de fait de l'arrêt cantonal. Au demeurant, si tel avait été le choix des enfants, pourquoi cela modifierait-il la pertinence de leur volonté ? S'il en était comme le veut le Tribunal fédéral, dans toute situation d'enfants de parents séparés, leur volonté serait biaisée en raison d'un conflit de loyauté que le Juge ne vérifie même pas, alors que la volonté exprimée par l'enfant peut montrer précisément qu'il a résolu le conflit que l'on lui attribue.

Poursuivant en suivant une méthode alignant des hypothèses non vérifiées, l'arrêt constate que les relations avec le milieu paternel en Hongrie étaient bonnes et que les enfants pourront aisément s'y assimiler à nouveau dès leur retour (c. 6.1). Même à supposer que cela soit vrai, que fait-on de la volonté des enfants de ne pas vouloir retourner en Hongrie ? L'arrêt admet qu'après une année et demie de séjour en Suisse, l'on doit s'attendre raisonnablement à ce que les enfants souhaitent rester en Suisse dans un cadre de vie qui leur convient. Mais encore, cela ne suffit pas : leur opinion ne compte pas parce qu'ils sont capables de subir sans trop de dégâts un renvoi, même forcé, opéré contre leur volonté. L'arrêt subordonne cette hypothèse à une autre encore : si les enfants étaient demeurés avec leur père, leur volonté se serait dirigée tôt ou tard dans le sens inverse, la préférence étant donnée alors à la présence auprès de leur père. Cela est dit sans réserve, sans l'appui sur un élément de preuve, l'arrêt constatant par ailleurs que les enfants ne se seraient pas exprimés sur leurs liens avec la Hongrie et leur père (c. 6.2). Or, n'aurait-il pas fallu les interroger à ce sujet ? Est-ce convaincant de réduire la volonté à néant, après l'avoir reconnue comme compréhensive et constante, pour le compte d'hypothèses non vérifiées et sortant de l'imagination des Juges fédéraux qui s'intéressent à ce qui leur semble conforme aux désirs des enfants tout en sachant que cela ne reflète pas la vérité ? Le regard biaisé des Juges est manifeste : on affirme que l'accueil dans le ménage du père en Hongrie ne risque pas de poser de problème majeur (c. 6.1), sans observer que ce renvoi entraîne la rupture du lien étroit des enfants avec leur mère qui est leur principale personne de référence dans leur vie. L'arrêt cantonal avait constaté, de manière à lier le Tribunal fédéral, que les enfants, non seulement avaient déclaré leur volonté de rester en Suisse, mais également qu'elles ne pouvaient s'imaginer de vivre avec leur père ; si elles avaient certes le désir de lui rendre visite (ainsi qu'à leur frère, resté avec lui), cela ne pouvait se faire

que si elles étaient rassurées de pouvoir ensuite revenir en Suisse (c. 6.3.2). Les enfants se sont donc exprimées sur l'hypothèse de leur retour en Hongrie ; le Tribunal fédéral n'en fait pas mention, car cela ne convenait pas.

De toute manière, même si la volonté des enfants était constatée, on peut néanmoins l'écartier encore par une autre parade, normalement infaillible : Les explications fournies par les enfants ne traduiraient pas une véritable opposition (« *eigentliches Widersetzen* ») au retour en Hongrie mais simplement leur désir (compréhensible) de ne plus devoir changer de lieu de vie (c. 6.2). Rien dans le dossier présenté par l'arrêt cantonal ne le confirme ou l'infirme. Les enfants ont exprimé leur préférence de différentes manières, mais ils n'ont pas pleuré, ni tapé sur la table ou exprimé autrement leur résistance, dont le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs jamais défini les termes. Or, s'il en était ainsi, c'est parce que la question relative à un éventuel retour immédiat, le cas échéant assorti de l'intervention de la police, ne leur a jamais été posée. Le Tribunal fédéral exige une réponse donnée de manière résolue ou avec force, mais il ne se donne aucune peine pour vérifier si la question correspondante avait été formulée devant les enfants. Et dès lors que l'on a envisagé l'intervention des forces de police, il aurait évidemment fallu confronter les enfants à une telle hypothèse. Rien de tel n'a été fait et le Tribunal fédéral devait le savoir. S'il a néanmoins ordonné le retour, il l'a fait en comptant avec une rupture caractérisée de la volonté des enfants et en acceptant de leur infliger le traumatisme en résultant.

Les faits tels qu'ils se sont déroulés par la suite ont confirmé en tous points que le Tribunal fédéral s'est trompé lourdement. Dans son arrêt du 30 avril 2015, le Tribunal cantonal s'est donné de la peine pour aménager le retour des enfants au mieux de leur intérêt, conformément à l'art. 12 al. 2 LF-EEA (c. 4.1).<sup>2</sup> Il a procédé à la consultation des parties quant aux modalités de l'exécution.<sup>3</sup> La solution retenue prévoyait qu'un jour au mois de juillet, le père viendrait en voiture cueillir les enfants qui devaient l'attendre devant leur maison, avec leurs bagages. Suivant les renseignements obtenus auprès de la famille, cela fut fait, et ce que l'on aurait dû savoir si l'on avait parlé aux enfants s'est produit : par deux fois, les deux filles ont refusé fermement de monter dans la voiture de leur père. Si le Tribunal fédéral avait voulu accepter que la question leur soit posée quant à leur comportement en pareille hypothèse, la réponse aurait été celle-ci. Le Tribunal fédéral ne voulait rien en savoir. La situation en est

- 2 Le Tribunal fédéral relève que la compétence d'exécution appartient aux cantons (art. 12 al. 1 LF-EEA). Il ajoute qu'il ne peut saisir directement le personnel ayant la charge d'intervenir (c. 7). Cela est certes exact, mais cela n'empêche pas le Tribunal fédéral de donner des instructions à l'autorité cantonale compétente.
- 3 On notera que selon une clause que le Tribunal fédéral introduit encore dans d'autres arrêts, l'ordre d'exécution est placé sous la réserve de développements nouveaux et imprévus (c. 7). En l'espèce, les enfants avaient certes exprimé leur opposition au retour plus fermement qu'auparavant, mais cela ne pouvait renverser l'injonction du Tribunal fédéral qui a fait comprendre que la volonté des enfants ne comptait pas.

restée là, l'intervention de la police n'ayant pas été sollicitée, alors que le Tribunal fédéral l'aurait autorisée.

Le pronostic que la mère a présenté devant le Tribunal fédéral quant à la situation en Hongrie s'est révélé juste. Sitôt l'âge de 14 ans accompli, l'aînée des filles a exprimé sa volonté de rester auprès de sa mère dans l'instance en cours en Hongrie. Cela a scellé le sort des deux enfants, puisqu'un arrangement a ensuite été trouvé entre les parents en peu de temps pour confirmer le choix de l'enfant, qui devait nécessairement englober le lieu de séjour de la fille cadette. L'affirmation du Tribunal fédéral, prédisant un séjour des enfants pour plusieurs années encore en Hongrie (c. 5.3), s'est révélée fautive, ce que les Juges auraient pu constater aisément en lisant correctement le Code civil hongrois.

### III. Enlèvement d'enfant

Père refusant de revenir avec l'enfant au Mexique – Conditions de sécurité – Opposition de l'enfant – Renvoi forcé – Convention de La Haye de 1980

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 30 avril 2015, 5A\_229/2015, FamPra.ch 2015 n° 51 p. 751 ; 22 juin 2015, 5A\_429/2015 ; 10 juillet 2015, 5A\_539/2015.

L'enfant avait 9 ans et 4 mois au moment du premier jugement rendu par l'Obergericht du canton d'Argovie le 19 février 2015. Les parents ont vécu la plupart du temps au Mexique où ils se sont séparés en 2013 ; on est alors placé dans la perspective d'un divorce et d'un litige sur l'attribution de l'enfant. Le couple étant marié (femme mexicaine, mari suisse), il a été convenu d'abord de partager l'autorité parentale, l'enfant vivant avec sa mère, tandis que le père jouissait d'un large droit de visite. Le cas d'enlèvement est flagrant, étant donné que le père ne respectait pas l'engagement pris à l'égard de la mère de ramener l'enfant au Mexique le 16 septembre 2014, au terme d'un séjour de trois mois en Suisse tel que convenu entre les parents. En fait, le père informa la mère le 24 août 2014 déjà qu'il n'allait pas laisser leur enfant repartir de la Suisse. Le motif invoqué était la peur devant l'insécurité régnant au Mexique et les menaces qu'il ressentait en relation avec son commerce (une entreprise liée au tourisme maritime), manifestées concrètement par l'un des signes reconnu dans le milieu : une poule décapitée posée sur le palier de la maison.

L'enlèvement a déclenché la mise en jeu de la Convention de La Haye de 1980, par le biais d'une requête en retour déposée par la mère devant l'Obergericht du canton d'Argovie le 26 janvier 2015. La procédure était conduite avec une extraordinaire célérité : audition de l'enfant le 11 février, tentative de médiation se soldant par un échec six jours plus tard, suivie de l'audience devant la Cour le 19 février, rendant son jugement le jour même. La demande de retour fut rejetée. Le Tribunal fédéral étant saisi le 13 mars 2015, il renverse l'arrêt cantonal le 30 avril 2015 et renvoie le dossier à

l'Obergericht en lui ordonnant de décider dans le sens des considérants de l'arrêt fédéral, et ce avec l'injonction d'assurer le retour de l'enfant au Mexique.

L'affaire comporte un volet sécurité et un volet concernant la personnalité de l'enfant. Le premier est abordé isolément, mais il réapparaît dans les réactions de l'enfant. Le Mexique est sans doute un pays dangereux, mais les multiples facettes de cette situation sont réparties inégalement à travers le territoire. Il y a des zones à hauts risques et des régions où une vie normale et sans trop de danger est possible. Dans le cas particulier, la famille avait d'abord vécu à Acapulco, reconnu comme une place dangereuse, mais elle s'est déplacée depuis peu de temps à La Paz, situé sur la presqu'île de Baja California, dont le Nord, région frontalière près des Etats-Unis est dangereux, au contraire du Sud, éloigné de mille kilomètres de la frontière. La Paz étant le centre du Sud, on devrait se situer dans une zone hors risques. Ces renseignements, le Tribunal fédéral les a recueillis à travers les déclarations des parties, auxquelles il a ajouté les informations mises à la disposition des voyageurs par le Département fédéral des affaires étrangères (« itinéraris ») et par le Département correspondant du gouvernement allemand (c. 6.3). Cette manière de procéder de façon autonome de la part du Tribunal fédéral n'est pas sans problème eu égard à l'art. 105 al. 1 LTF qui ne lui permet pas de se référer à des faits non établis par l'autorité cantonale et sur lesquels les parties n'ont pas été consultées. Le point critique des renseignements réunis par le Tribunal fédéral en sus de ce que lui disaient les parties est le fait qu'ils concernent exclusivement la situation de touristes; les banques de données des autorités allemandes et suisses n'ont pas d'autres buts.

Le juge suisse ne saurait donc s'y fier exclusivement et se laisser tenter par des extrapolations qui risquent de s'avérer erronées et dangereuses. On citera comme une illustration le présent arrêt, qui ne fait aucun cas du risque d'enlèvement au Mexique, pourtant mis en exergue sur le site d'itinéraris en première page. Dans un autre exemple, celui du Liban, le Tribunal fédéral a identifié un risque d'enlèvements, « qui ont lieu sporadiquement, généralement à caractère criminel »<sup>4</sup>; pour le Mexique, par contre, les enlèvements sont « nombreux » et « en augmentation », dans tout le pays. Or, pour le Tribunal fédéral, cela n'est d'aucune incidence s'agissant du renvoi de l'enfant au Mexique, tandis que dans l'exemple du Liban, cela a suffi pour refuser au père d'amener son enfant dans sa patrie pour y exercer un simple droit de visite. L'appréciation est arbitraire, animée par le résultat auquel on souhaitait parvenir. Cela laisse un malaise.

Sans entrer dans d'autres détails sur l'analyse de la situation locale, il en résulte que le Tribunal fédéral était disposé à renvoyer l'enfant au Mexique sans s'être sérieusement assuré de sa sécurité. La vie de l'enfant ne valait pas le prix d'un effort pour se mettre à l'abri de tout reproche de prendre le sort de l'enfant à la légère. Cela n'aurait pas été tant difficile. L'Autorité centrale auprès de l'Office fédéral de la justice n'a pas

4 Ce en sus d'actes terroristes: ATF 28.8.2015, 5A\_246/2015, c. 3.4.

fourni son aide, à première vue facilitée par ses contacts avec l'Autorité centrale mexicaine; or, il est de son devoir d'assurer, sur le plan administratif, le retour de l'enfant sans danger (art. 7 al. 2 lit. h). On aurait pu demander l'aide des Juges de liaison, dont il en existe deux en Suisse et quatre au Mexique; rien n'a été fait.

Or, des renseignements rassurants auraient pu fournir une aide extrêmement bénéfique à l'enfant personnellement. Les tribunaux ont reconnu que l'enfant était paniqué par l'idée d'un retour au Mexique avec le risque de voir sa famille se trouver au centre d'un chantage opéré par des bandes voulant s'attaquer au commerce de son père, et ce le plus vraisemblablement en prenant comme monnaie d'échange son bien le plus précieux, l'unique enfant du couple. Il est également établi que l'enfant a exprimé son refus de retourner au Mexique à plusieurs reprises, de manière indépendante et hors la présence de ses parents.

Un incident qui s'est produit devant la porte de la salle d'audience de l'Obergericht et relaté dans les médias et sommairement dans l'arrêt fédéral (c. 7) est significatif: Le président du tribunal, M. Marbet, avait convoqué l'enfant à se présenter devant la salle d'audience, accompagnée de quatre policiers qui tentaient alors de le séparer de sa grand-mère. Ils ont dû y renoncer face à la résistance de l'enfant. Les billets d'avion ayant déjà été achetés, le juge président comptait en effet, à l'issue de l'audience, remettre l'enfant immédiatement à la mère afin qu'elle puisse quitter la Suisse au plus vite. On aura ainsi suivi une pratique zurichoise qui vise à empêcher un recours au Tribunal fédéral, étant donné que celui-ci le jugera irrecevable, suivant une jurisprudence récente dont le caractère choquant n'a encore guère été remarqué.<sup>5</sup> Or, le coup n'était pas jouable, car les deux autres juges ont mis leur président en minorité, l'enfant étant libérée. L'incident a mis en évidence, de façon très concrète et physique, la ferme volonté de l'enfant de s'opposer à son renvoi au Mexique.

On ne pouvait dès lors plus douter du fait que le niveau de résistance exigée par le Tribunal fédéral dans le contexte de l'art. 13 al. 2 de la Convention était atteint. Il fallait trouver une autre parade pour écarter cette volonté.

La démarche n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 22 mars 2005 déjà, le Tribunal fédéral avait écarté la volonté de refus de retour d'enfants âgés de 10 et 11 ans au motif que leur opinion était formée sur la base de l'influence de leur nouvel environnement depuis leur arrivée en Suisse et qu'elle était donc déterminée par des facteurs externes à leur propre expérience de la vie; dès lors, leur volonté ne leur appartenait pas.<sup>6</sup> Ce mode de raisonnement peut 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

5 Cf. ATF 19.6.2014, 5A\_210/2014, c. 2; ATF 7.9.2015, 5A\_623/2015, c. 1, FamPra.ch 2016 n° 13 p. 303, obs. critiques de Jonas Schweighauser.

6 ATF 131 III 334 ss, 342 s.

ter toute volonté d'un enfant, forcément influencé par son environnement. On ne doit donc pas être surpris en constatant que la volonté d'un enfant n'a encore jamais été retenue comme un élément déterminant dans un dossier d'enlèvement par le Tribunal fédéral.

Tout en notant son aptitude inhabituelle pour son jeune âge de procéder par abstraction, le Tribunal fédéral relève que sa description de la situation sécuritaire au Mexique devait manifestement reposer sur les explications fournies par son père. Plus concrètement, l'arrêt observe que la peur qu'inspire à l'enfant la vision d'une poule morte devant la maison et le « mauvais homme mexicain » apparu dans ses rêves devait avoir son origine dans les récits du père sur ce qu'il avait vu devant sa porte trois jours avant leur départ et sur ce qu'il lui a dit à propos des milliers d'enfants volés et tués au Mexique chaque année. Ces craintes n'avaient aucun lien avec ce que l'enfant aurait vécu réellement lui-même. Il n'en va pas autrement avec la peur de voir un membre de sa famille exposé à une fusillade, ce qui ne s'était jamais produit en fait pendant sa vie mais résultait d'une extrapolation de l'enfant à partir de ce qui lui a été dit sur l'emploi fréquent d'armes à feu dans son pays (c. 5.2).

A partir de là, le couperet devait tomber : l'enfant ne dispose pas d'une volonté formée de façon autonome (« autonom gebildeter Wille ») ; sa volonté est déterminée par des facteurs externes (« fremdbestimmt ») (c. 5.2, *in fine*), ce qui signifie qu'elle n'entre pas en jeu sous l'angle de l'art. 13 al. 2 de la Convention, et ce quel que soit son âge (c. 5.3, *ab initio*). Le manque de respect pour la volonté de l'enfant est éclatant, autant que l'est la violation de son droit au respect de ses intérêts.<sup>7</sup> Le Tribunal fédéral ajoute encore que l'enfant souffrirait d'un conflit de loyauté, qu'il souhaite voir résolu par la venue de la mère en Suisse (c. 6.2) ; c'est encore une vue simpliste pour périmier une option préconçue de la part des Juges. Bien évidemment que cette solution était idéale pour l'enfant, mais sans y parvenir, l'enfant avait néanmoins tranché clairement le conflit en affirmant sa volonté de rester auprès de son père. On ne peut opposer à un enfant (ou à un adulte) un conflit de loyauté qui annihilerait sa volonté même s'il a clairement formé sa volonté et exprimé son choix. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait jamais de volonté en présence d'un conflit de loyauté qui est généralement l'ingrédient naturel d'un conflit familial.

Dans ces conditions, il devenait simple de franchir le dernier obstacle posé par l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention. La situation sécuritaire étant constatée, le chemin à l'école décrit comme étant sans danger et l'enfant entretenant en fait une

7 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 février 2016, *Case of N.T.S. and Others v. Georgia* (n° 71776/12), la Cour 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 la mère), hostile au père, exerçait une influence négative sur eux. Cependant, cela n'était pas décisif : « 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. » (n° 81).

bonne relation avec le père comme avec sa mère, le retour au Mexique ne risquait pas de l'exposer à un danger ou à une situation intolérable (c. 6.3). Quant à ses craintes, on pense qu'elles allaient disparaître, car il résulterait du cours normal des choses que l'enfant allait s'en libérer après quelques semaines de vie quotidienne au Mexique et avec l'aide de sa mère. La capacité d'adaptation dont elle a fait preuve en Suisse la soutiendrait de la même manière lors de son retour au Mexique (c. 6.4). Cette analyse évacue la volonté de l'enfant telle qu'il l'a affirmé en Suisse devant les tribunaux et tous ceux qui voulaient s'y intéresser. Or cette volonté, l'enfant ne l'a pas abandonnée et les autorités le savaient bien.<sup>8</sup> La mise en place concrète du retour forcé de l'enfant se présentait ainsi non sans danger. Il fallait craindre pour la vie de l'enfant ; les autorités le savaient également.

Face à ce blocage, il y avait deux options, soit de tenter de convaincre l'enfant et son père que leur peur sécuritaire était certes réelle mais néanmoins animée par une influence obsessionnelle, soit de passer par la force. Les tribunaux ont choisi la force. Dans un premier temps, par un arrêt argovien du 6 mai 2015, on a ordonné à la police cantonale de saisir l'enfant et de le remettre à la mère, puis d'organiser le retour des deux, la police étant autorisée à prendre les mesures de contrainte nécessaires. Le recours du père au Tribunal fédéral, arguant d'une violation de son droit d'être entendu, n'a pas eu de succès (ATF 22.6.2015, 5A\_429/2015). Compte tenu de l'attitude hostile du père, il a été décidé de procéder sans l'impliquer personnellement et sans le consulter préalablement. Il n'a donc pas été entendu et on ne lui a donné aucune chance d'expliquer à son enfant ce qui allait lui arriver. Aussi s'est-on placé directement en termes d'intervention musclée de la police, sans tenter d'aménager la situation par une organisation du départ qui soit adaptée à la personnalité et aux besoins de l'enfant. Compte tenu des refus clairement exprimés par l'enfant, aucune précaution n'a été prise pour lui éviter de se faire brutaliser. Rien n'a été prévu non plus en ce qui concerne les adieux à faire auprès de sa famille paternelle et de ses camarades d'école. L'art. 12 al. 2 LF-EEA n'a pas été observé.

Pour réprimer la résistance de l'enfant, il n'était pas indiqué, sachant les journalistes aux aguets, de se servir de la police et de toute la brutalité qui devient alors visible. Il valait mieux passer par la psychiatrie pour renverser le refus de l'enfant et de le rendre soumis à la mère. Décision fut alors prise, par mesure provisoire du 23 mai 2015, confirmée par arrêt du 29 mai 2015, de suspendre le renvoi et de soumettre l'enfant à une expertise afin d'examiner, non pas sa volonté, mais son aptitude à supporter le voyage de retour au Mexique. Il faut rappeler – petit détail qui a son impor-

8 L'Obergericht d'Argovie en a fait le point central de sa décision d'accepter le refus de l'enfant : « [Es] steht ausser Zweifel, dass sie sich einen festen Willen gebildet hat, auch wenn das Gericht überzeugt ist, dass dieser von aussen, insbesondere dem Vater als nächsten Bezugsperson, massiv beeinflusst worden ist. Dennoch erscheint dieser Wille dem Kind – nicht zuletzt aufgrund der langen Dauer des widerrechtlichen Zurückbehaltens in der Schweiz – bereits so verinnerlicht zu sein, dass es ihn zu respektieren gilt. » Obergericht, Jugement du 19 février 2015, c. 3.4.3, *in fine*.

tance – qu'il n'y a pas de vol direct entre la Suisse et le Mexique ; on devait songer à l'éventualité d'un incident lors d'une escale dans un pays étranger où l'enfant aurait pu trouver refuge. L'expertise fut confiée au Dr Unger, médecin-chef de la clinique psychiatrique de Königsfelden. Il devait également répondre à la question de savoir si, compte tenu de sa résistance en général et de son attitude hostile à l'égard de la mère, l'enfant subira un dommage à sa santé en cas de retour au Mexique. L'expertise était accompagnée du placement de l'enfant, dans un premier temps en clinique psychiatrique. La mère et l'avocat de l'enfant étaient autorisés à lui rendre visite. Toute autre personne, dont le père en priorité, était frappée d'une interdiction complète de visite et de contact, assouplie dans l'arrêt du 29 mai par la possibilité d'échanger des courriers à transmettre par le canal de l'avocat de l'enfant. La mesure était ordonnée pour les besoins de l'expertise, à achever fin juin 2015 au plus tard, sans préciser ce qui devait alors advenir de l'enfant. L'hypothèse envisagée était manifestement la remise à la mère, comme cela fut fait.

L'arrêt du 29 mai 2015 constatait qu'il n'était plus indiqué de maintenir l'enfant en milieu psychiatrique ; l'expertise devait être conduite dans une institution pour enfants (Kinderheim Brugg), qui pouvait fournir un accompagnement scolaire en interne. Il était expressément mentionné que l'enfant ne risque plus de danger actuel venant de lui-même ou de tiers (c. 3.1). On n'était donc manifestement pas dans une hypothèse du genre de celles de l'art. 449 CC (applicable aux enfants par le biais de l'art. 314 al. 1). L'arrêt évacue toute question juridique en ne mentionnant aucune disposition légale.<sup>9</sup>

Aucune règle légale ou considération pratique ne justifiait un tel traitement draconien, combinant l'enfermement avec la rupture de tout contact avec la famille paternelle (le père, sa compagne, les grands-parents). Un tel isolement était manifestement sans rapport aucun avec le bien de l'enfant. Le cadre de vie de l'enfant a été fixé de manière à faciliter la réorientation de l'enfant sur sa mère. Pour y parvenir, on devait lui faire subir l'influence exclusive de la mère et de l'expert. On a prétexté devoir écarter tout contact avec le père en raison du risque qu'il aurait pu conforter sa fille dans son opposition au retour au Mexique ; ce n'était manifestement pas la vraie raison, car il aurait suffi de placer ses visites sous surveillance afin d'éviter que l'on parle de l'affaire.

Durant l'expertise, l'enfant a joué le jeu et s'est montrée accommodante, tant avec la mère qu'avec l'expert. Elle a répondu que sa préférence irait à une situation assurant le contact avec ses deux parents. Dans cette perspective, elle aurait pu accepter un retour au Mexique s'il était assuré que la famille (avec ses deux parents) vienne habiter en Suisse dès l'été 2016. L'expert notait également qu'à défaut d'obtenir une telle

9 On trouve tout au moins, dans l'arrêt du 29 mai 2015 (c. 2.3), la mention de l'art. 448 CC, exigeant la collaboration de toute personne disposant d'informations utiles. Cette mention rend encore plus inexplicable l'absence de toute mention de l'art. 449 CC.

solution, l'enfant s'opposerait, même avec véhémence, à son retour au Mexique. L'expert ajoutait cependant que l'enfant se sentait très contrariée, ne sachant pas comment s'en sortir, le séjour dans l'institution ayant pour avantage de donner satisfaction à ses deux parents. Lorsque l'expert s'appropriait à clore son rapport, ce qui fut fait le 19 juin 2015, on lui a remis une lettre que l'enfant a écrite à son père le 17 juin, pour son anniversaire. Elle y exprimait en termes clairs et fermes qu'elle voulait rester auprès de son père, qu'elle refusait son renvoi au Mexique et qu'elle exigeait que l'on la sorte de son enfermement. Pour l'expert, cette lettre se situait clairement à l'opposé des observations qu'il entendait formuler à l'attention de l'Obergericht. On était donc au terme de la quatrième semaine d'expertise et de placement en vie séparée de la famille paternelle, ce qui avait laissé croire à l'expert que l'enfant savait faire la part des choses. L'expert aurait évidemment – c'est son métier – dû analyser cette lettre et la cadrer dans l'ensemble de son analyse. Il s'est borné à constater l'incompatibilité du désir profond exprimé par l'enfant avec sa propre description de la situation, qu'il a maintenue et transmise au tribunal. L'expertise était tronquée mais elle a atteint son but : l'enfant a été amputée de sa vigilance et, après une ultime tentative de médiation qui a échoué, elle est repartie avec sa mère au Mexique.

L'expert n'avait pas exclu l'hypothèse que l'enfant, face au désaccord des parents, soit désespérée et refuse le départ ; il fallait tenir compte des conséquences en résultant, notamment en cas de retour au Mexique en rupture avec la position de son père. Le renvoi a été décidé par arrêt cantonal du 29 juin 2015, suivi d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, rejeté le 10 juillet 2015 (5A\_539/2015). Le danger signalé par l'expert fut noté mais jugé d'importance mineure. Ces deux arrêts ont répondu à une demande en reconsidération et en modification du père, fondée sur l'art. 13 LF-EEA. A la suite des développements résultant de la période d'expertise, il a été conclu que l'enfant avait une relation solide avec chacun de ses parents et qu'il ne dépendait dès lors que d'eux de favoriser des contacts réguliers et de contribuer ainsi à l'amélioration de l'état psychique de l'enfant (cf. l'ATF cité, c. 2 et 3). Le Tribunal fédéral retranscrit le contenu de l'expertise tel qu'il avait déjà été résumé par l'Obergericht (c. 2.2). Or l'expertise a mentionné un certain nombre de faits qui n'avaient jamais été évoqués dans les arrêts rendus jusqu'alors. Ces faits n'ont pas été constatés judiciairement et les parties n'ont pas été entendues à leur égard. Ils n'ont pas été établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), mais par l'expert qui n'était pas un homme de loi. Fait important et significatif : alors que l'expert avouait que la lettre que l'enfant avait écrite à son père contrarie toutes ses observations, les Juges ne l'ont pas mentionnée. Or, de leur propre avis, l'interdiction de contact avec la famille paternelle devait permettre à l'enfant de se former une « volonté autonome ». Le Tribunal fédéral accepte que l'opposition de l'enfant à son renvoi n'ait pas été brisée malgré le traitement en institution pendant plusieurs semaines (c. 5). Il refuse pourtant de constater également que l'expert n'en a pas tenu compte. Ses conclusions étaient biaisées, mais curieusement, il était le seul à l'avouer.

Finalement, le sort a frappé. Ajoutant une ultime touche, l'Obergericht a refusé à l'enfant ce que tous les spécialistes de la matière recommandent en pareille situation de rupture d'un parent : selon le dispositif de son arrêt, l'interdiction de tout contact avec la famille paternelle devait être maintenue jusqu'au départ de l'avion. Dans les considérants (c. 3.2), le personnel chargé de l'exécution fut autorisé à décider autrement compte tenu des circonstances. Le Tribunal fédéral approuve le principe, moyennant la possibilité d'y déroger (c. 3). Cela serait une solution conforme au bien de l'enfant. Aucune distinction n'est faite entre l'interdiction de contact pendant l'expertise et au moment des adieux, qui est pourtant crucial pour la psychologie de l'enfant (comme de tout être humain). Comme il faut faire le deuil, il faut pouvoir dire adieu.<sup>10</sup> La sensibilité humaine dont il faut faire preuve, les Juges n'en voulaient pas porter le fardeau. En fait, le personnel concerné a décidé comme il le fallait : l'enfant pouvait faire ses adieux au père et à sa famille, ainsi qu'à ses camarades d'école. Quant au déroulement du renvoi de l'enfant, en compagnie de sa mère, assistée par la police jusqu'à l'avion, aucune information n'a encore été fournie publiquement. Le fait est que la résistance de l'enfant a été brisée.

#### IV. Filiation par gestation pour autrui

Naissance de l'enfant en Californie – Certificat de naissance et jugement californiens attestant du lien de filiation à l'égard de parents avec lesquels l'enfant n'a pas de liens génétiques

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 21 mai 2015, 5A\_748/2014, ATF 141 III 312, JdT 2015 II p. 351, FamPra.ch 2016 n° 2 p. 236, IPRax 2016 p. 167; 14 septembre 2015, 5A\_443/2014, ATF 141 III 328, FamPra.ch 2016 n° 1 p. 219

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

10 Cf. Vermot-Mangold, BO CN 2005 p. 782, lors des débats sur la LF-EEA. Allusion a été faite au cas des enfants W., renvoyés de force en Australie sans pouvoir dire adieu à leur mère.

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

La position affirmée sans nuance par le Tribunal fédéral, votant à 3 : 2, ne semble pas devoir rester gravée dans du marbre. La prohibition constitutionnelle est déjà écornée par le seul fait de la reconnaissance de la paternité du père génétique qui, en l'espèce, ne pouvait se concevoir sans le recours à une mère de substitution. L'interdiction semble ainsi s'effacer d'elle-même lorsque l'enfant est remis à ses géniteurs, qui peuvent être les deux partenaires d'un couple hétérosexuel, marié ou non. On réagira aussi avec modération à la crainte que l'enfant soit traité comme une marchandise que l'on pourrait commander (ATF 141 III 318, 339), sans vérifier si un paiement a été fait dans le cas particulier ; la même crainte n'est pas articulée avec autant de rigueur lorsque l'on observe certaines pratiques d'insémination artificielle ou de recherches d'enfants à adopter, où le facteur financier est souvent bien présent, sans que la Suisse réagisse par un refus de reconnaissance ou d'autres sanctions. Dès lors, est-ce convaincant de soutenir l'appel à l'ordre public par le motif que l'enfant né d'une mère porteuse ne soit pas aussi protégé que l'enfant adopté ? Le Tribunal fédéral ne semble pas en être bien certain, car il estime un tel rapprochement non décisif dans le premier arrêt (ATF 141 III 323), tandis qu'il déclare l'examen de l'aptitude à adopter et de l'intérêt de l'enfant une « exigence centrale » dans le second (ATF 141 III 344 s.), comme si l'accueil d'un enfant à naître d'une mère porteuse ne puisse pas être préparé aussi soigneusement que l'adoption d'un nouveau-né. Le débat se résume en définitive à une question de morale procréative : accepte-t-on ou non que l'enfant puisse devenir l'enfant de parents n'ayant pas de lien biologique avec lui si l'utérus de gestation n'était pas celui de l'un d'eux mais celui d'une autre femme, portant l'enfant dans l'intérêt de ces futurs parents ? Le Tribunal fédéral répond catégoriquement par la négative, en prenant le Code civil comme appui en plus de la Constitution (ATF 141 III 317, 337-339), alors qu'il accepte que l'art. 70 LDIP puisse accueillir en Suisse des types de filiation inconnus du droit suisse (ATF 141 III 316, 336). La nou-

velle jurisprudence se place purement dans l'abstrait, alors que l'ordre public commande une appréciation en fonction du résultat (cf., de même, obs. S. Hotz, AJP 2015 p. 1325 ss, 1329-1331). Le premier des cas cités a été porté devant la CEDH.

## V. Arrêts en bref

Divorce – Epoux suisses, vivant d'abord en Suisse, puis au Népal où le mari est resté lorsque l'épouse établissait son domicile en Thaïlande, avec les trois enfants du couple – Incompétence des tribunaux suisses du lieu d'origine pour prononcer le divorce par consentement mutuel

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 14 janvier 2015, 5A\_706/2014 – FamPra.ch 2015 n° 24 p. 439, Sem.jud. 137 (2015) I p. 185.

L'arrêt applique l'art. 60 LDIP comme le législateur l'a voulu, sans ménager une marge de souplesse. La politique restrictive adoptée par les Chambres fédérales avait donné lieu à un vif débat. Il convient d'en respecter le résultat; il ne peut être contourné par l'affirmation d'une lacune de la loi, ce d'autant que lors de l'introduction du divorce consensuel en droit civil suisse, le législateur n'a pas modifié ni l'art. 59, ni l'art. 60 (c. 3.2). L'art. 60 exige qu'un besoin de protection au soutien de la compétence suisse au lieu d'origine soit établi, soit du fait de l'impossibilité d'agir au pays étranger du domicile, soit au motif que l'on ne saurait raisonnablement exiger que l'action y soit intentée. Les époux n'ont pas pu convaincre les juges suisses que la conduite d'un procès en divorce en Thaïlande soit impossible ou très difficile. Les risques découlant d'un éventuel refus de reconnaissance d'un jugement thaïlandais en Suisse, relatif soit au divorce lui-même, soit aux effets accessoires, n'ont pas été démontrés non plus (c. 4).

Divorce – Procès en cours en Allemagne – Epouse vivant en Allemagne, mari en Suisse – Incompétence des tribunaux suisses pour ordonner des mesures provisoires – Art. 31 CL, Art. 10 LDIP

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 12 novembre 2014, 5A\_588/2014 – FamPra.ch 2015 n° 9 p. 225

L'Obergericht de Soleure s'était fondé sur l'art. 10 LDIP pour refuser sa compétence pour ordonner des mesures relatives à l'entretien, l'avance pour les frais du procès en Allemagne et une demande de renseignement. L'arrêt fédéral examine prioritairement le rôle de l'art. 31 CL. Des mesures provisoires entrent dans le champ d'application *ratione materiae* de la Convention s'il constitue l'accessoire d'une demande régie par la Convention. Tel est le cas de la demande alimentaire. Il en va de même avec la demande visant les frais de justice et celle visant des renseignements sur la situation patrimoniale d'un époux, dans la mesure où ces questions présentent un rapport avec les aliments. L'Obergericht n'ayant pas examiné le rôle de la Convention, il n'a pas répondu à la question de savoir si cette limitation était respectée ou non, par

exemple dans l'hypothèse où de telles mesures constituaient l'accessoire de la liquidation du régime matrimonial, matière non couverte par la Convention. Le Tribunal fédéral laisse la question ouverte, étant donné que l'art. 31 CL ne fonde pas une compétence suisse s'il s'agit de mesures que l'art. 10 lit. b LDIP n'autorise de toute manière pas (c. 4.3). L'art. 62 n'étant pas applicable dans l'hypothèse d'un procès en divorce pendant à l'étranger, l'art. 10 lit. b fournit une compétence alternative au lieu d'exécution de la mesure en Suisse. La pratique avait exigé depuis longtemps que de telles mesures devaient être urgentes et nécessaires (ATF 134 III 326 ss, 329-331). Sur cette base, plusieurs catégories de situations ont été définies, qui correspondent toutes à la jurisprudence fondée encore sur l'ancien texte de l'art. 10 (c. 4.4). Jugeant dans les limites de l'arbitraire, le Tribunal fédéral constate qu'en l'espèce, il n'y avait pas de fondement pour requérir en Suisse des mesures en vue d'y assurer l'exécution de décisions que le tribunal allemand saisi de l'action en divorce n'avait pas encore prises. La recourante ne pouvait donc déterminer, à ce stade, quelles mesures il s'agirait de prendre en Suisse. De plus, il n'y avait aucune raison de déroger au principe que la compétence pour prendre de telles mesures appartient au juge saisi de l'action au fond (c. 4.5).

Divorce – Règlement de l'effet accessoire de la contribution d'entretien – Epoux suisses sans enfants – Epouse domiciliée au Canada au moment du mariage et ayant quitté son pays d'origine dans la seule perspective du mariage – Déracinement culturel

Tribunal fédéral, IIe Cour de droit civil, 23 avril 2015, 5A\_844/2014 – FamPra.ch 2015 n° 45 p. 723

En suivant la pratique suisse du règlement de l'entretien entre époux divorcés, l'épouse ne pouvait escompter une contribution après une vie commune de huit ans, pendant laquelle elle ne dépendait pas financièrement de son mari. L'épouse faisait cependant valoir qu'après être retournée dans son pays d'origine suite à la séparation du couple, elle n'a pas pu subvenir à ses besoins de manière autonome et de façon à lui permettre de maintenir son niveau de vie. Le Tribunal cantonal de Vaud aurait eu tort de ne pas en tenir compte. Le Tribunal fédéral accepte qu'un déracinement culturel puisse être envisagé pour déterminer si le mariage a eu une influence concrète sur la situation d'un conjoint. En l'espèce, cependant, les conditions pour l'admettre ne sont pas remplies. En effet, l'épouse a rapidement pu retrouver un emploi à son retour au Canada. Certes, elle n'a pas obtenu un poste avec un salaire équivalent à celui qu'elle percevait précédemment. Elle a cependant pu subvenir seule à ses besoins pendant deux ans et demi (c. 5).

Divorce – Epoux de nationalité britannique, séparés depuis 2009, lorsque l'épouse s'est installée en Angleterre, le mari restant domicilié en Suisse – Litige au sujet de la contribution à l'entretien de l'épouse

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5 novembre 2015, 5A\_117/2015

L'arrêt se présente sous la forme d'un examen de droit suisse de l'obligation d'entretien du mari envers son ex-épouse. Or, il s'agissait de deux époux disposant d'une nationalité commune britannique dont l'un seulement était domicilié en Suisse. Le droit anglais aurait donc dû s'appliquer au divorce en vertu de l'art. 61 al. 2, en tenant compte d'un éventuel renvoi au droit suisse (art. 14 al. 1, question non sans controverse). En vertu de l'art. 8 de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, le droit anglais aurait également régi les effets alimentaires du divorce. Le Tribunal fédéral n'a rien remarqué.

Divorce – Epoux suisses, établis d'abord au Brésil, puis en Suisse – Jugements rendus au Brésil sur la séparation de corps et les aliments – Effets accessoires du divorce prononcé en Suisse

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 9 octobre 2014, 5A\_176/2014

C'est la troisième fois que l'affaire remonte au Tribunal fédéral, cette fois-ci, semble-t-il, sans perspective d'y retourner encore une fois. Le mari s'était opposé à l'action en divorce déposée par l'épouse le 4 avril 2005, au motif qu'une séparation de corps avait été décidée au Brésil et se trouvait en instance de conversion en divorce. L'exception de litispendance fut rejetée (ATF 18.9.2009, 5A\_452/2009, RSDIE 2010 p. 189). Le mari n'avait pas de succès non plus en s'opposant aux mesures provisoires ordonnées à Zoug, invoquant un jugement brésilien du 7 juillet 2005 qui aurait déjà réglé ces questions (ATF 14.6.2011, 5A\_305/2011, RSDIE 2012 p. 331). Le divorce fut finalement prononcé le 9 novembre 2012 et confirmé en appel le 28 janvier 2014. Devant le Tribunal fédéral, l'entretien et le partage de la prévoyance étaient encore litigieux. Le recourant devait échouer dans sa démarche, sauf sur un point. Le tribunal cantonal n'aurait pas dû invoquer l'ordre public pour s'opposer au refus de tout entretien en cas de comportement incompatible avec les devoirs du mariage, étant donné que de tels jugements étaient admis en Suisse encore sous l'ancien droit du divorce et sont restés en force (c. 2.1). En revanche, aucun effet ne devait être donné aux jugements brésiliens, étant donné que leur objet portait sur la séparation et ses effets, tandis que le procès en Suisse tend à régler le divorce. Ainsi que cela a déjà été remarqué, ce raisonnement laisse dans l'ombre le sort de l'instance engagée au Brésil en 2006 et tendant à convertir la séparation en divorce (RSDIE 2010 p. 193). Le divorce était en l'espèce régi par le droit suisse, s'agissant d'époux suisses domiciliés en Suisse. Le Tribunal fédéral désigne le même droit pour régir l'entretien, se référant à l'art. 4 de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, en oubliant que l'art. 8 était applicable (c. 3.1). Le partage de la prévoyance était également régi par le droit suisse, ce d'autant que seules des institutions suisses étaient

concernées. L'arrêt ajoute que selon l'art. 123 CC, une renonciation (partielle ou totale) ne peut être prise en compte si elle est convenue antérieurement au procès en divorce. Il en résulte que le juge suisse ne peut attribuer d'effets à un arrangement y relatif qui aurait été intégré dans la décision brésilienne sur la séparation des époux à faire valoir également dans l'hypothèse d'un divorce ultérieur (c. 3.3).

L'arrêt rappelle que le partage de prévoyance serait réglé par la loi régissant le divorce, les modalités étant fixées, en revanche, par la loi régissant l'institution de prévoyance (c. 3.2). Ce rappel de jurisprudence n'avait aucun intérêt en l'espèce, mais il représente la fierté du juge rapporteur (suppléant) d'en avoir fixé les contours, dès lors qu'il avait été systématiquement saisi de tous les dossiers de prévoyance touchant au droit international. La conséquence de cette jurisprudence a été que pour de nombreux couples étrangers dont le mari était seul domicilié en Suisse, l'épouse, restée au pays d'origine pour s'occuper de la famille, a été privée de l'accès au partage de la prévoyance de son mari, étant donné que son divorce était régi par sa loi nationale qui ignorait cette institution dans la quasi-totalité des cas. Nous avons critiqué, avec d'autres auteurs, cette pratique discriminatoire et choquante à l'égard de cette catégorie de femmes (cf. nos obs. RSDIE 2005 p. 371–376, 2007 p. 326–331, 2014 p. 519). Le juge rapporteur, également auteur de publications, n'a jamais voulu en tenir compte, ce que nous avons également dénoncé (RSDIE 2014 p. 520). Heureusement, le législateur est intervenu pour mettre fin à l'injustice, l'art. 61 al. 2 étant biffé avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2017, ce qui signifie que tout partage d'expectatives de prévoyance réunies dans une caisse suisse sera réglé selon la loi suisse. Le juge rapporteur ne s'est pas montré réceptif au sens de ce revirement (cf. Th. Geiser, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge*, AJP 2015 p. 1371 ss, 1385 s.).

Divorce – Epoux italiens domiciliés en Italie – Jugement italien de divorce déterminant la répartition à raison de 50% du deuxième pilier de prévoyance accumulée en Suisse

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit social, 30 janvier 2013, 9C\_490/2012 – RtiD 2013 II n° 34 p. 171

L'arrêt laisse ouverte la question de l'applicabilité de l'art. 65 LDIP à la compétence indirecte relative aux effets accessoires du divorce, celle-ci étant de toute manière fondée sur l'art. 26 lit. a, le domicile de la partie défenderesse étant en Italie (c. 2.1). Il est constaté que l'ordre public suisse ne s'oppose pas à un jugement étranger répartissant la prévoyance différemment du droit suisse; une violation qualifiée devrait être exigée, tel le cas où la division serait renvoyée à un moment postérieur au divorce (c. 2.3, avec les références aux ATF antérieurement rendus sur la question). En revanche, l'injonction de procéder au versement d'un montant déterminé et le calcul de celui-ci relèvent de la compétence exclusive du tribunal suisse des assurances (c. 2.5).

Divorce – Jugement allemand prononçant le divorce selon le droit allemand – Demande en complément au sujet de l'entretien en Suisse

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 14 octobre 2015, 5A\_163/2015

Le tribunal de Berlin avait décidé du divorce en application du droit allemand. Selon l'art. 8 de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, il devait en résulter que la demande tendant à compléter le jugement par une condamnation de l'ex-mari au paiement de contributions d'entretien à son épouse était également régie par le droit allemand. La recourante estimait que le tribunal allemand s'était trompé et aurait dû appliquer le droit suisse au divorce, en vertu du Règlement Rome III de l'Union européenne. Le Tribunal fédéral s'en tient au texte clair de l'art. 8 de la Convention de La Haye, qui se réfère à la « loi appliquée au divorce ». Ni l'art. 64 al. 2, ni l'art. 15 LDIP ne peuvent jouer un rôle quelconque dans l'application de cette disposition d'un traité (c. 4).

Divorce – Effets accessoires – Inscription d'un transfert de parts de copropriété fondé sur une donation à la fille du mari – Opposition de l'épouse, copropriétaire avec son mari des parcelles en cause – Domicile du mari et de sa fille à Monaco

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 18 décembre 2014, 5A\_240/2014 – ATF 141 III 13 (c. 4 et 5)

Le seul processus de transfert de propriété relève du droit suisse (art. 99 al. 1 LDIP). La recourante soutenait cependant qu'il fallait également trancher la question de la validité du contrat de donation ayant donné lieu au transfert; ce contrat était régi par le droit monégasque, compte tenu du domicile de son père. En l'espèce, le régime matrimonial des époux était régi par le droit suisse, puisque leur dernier domicile commun était en Suisse (art. 54 al. 1 lit. b). La fille devait être consciente du caractère international de la situation et, partant, de l'éventualité qu'une loi étrangère, suisse en l'espèce, régit le régime matrimonial de ses parents. Si elle l'ignorait, elle devait pour le moins se renseigner (c. 2.4). Le conservateur du registre foncier pouvait se fonder sur l'art. 201 al. 2 CC pour refuser l'inscription du transfert de propriété dépourvu du consentement de l'épouse copropriétaire, la portée de la clause de rétroactivité de l'art. 204 al. 2 CC étant à son égard sans pertinence (c. 4 et 5).

Divorce – Homologation de la convention des époux, comprenant une clause relative au règlement du compte de prévoyance du mari au Royaume-Uni – Demande en complément du jugement de divorce – Election de for non valide – Compétence du juge du divorce

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 6 mai 2015, 5A\_897/2014

Divorcés en 2011 par le tribunal de district de Sargans, un litige additionnel divisait les époux au sujet du partage d'un compte de prévoyance du mari à l'étranger, objet de l'une des clauses de la convention de divorce homologuée par le juge. Le recourant contestait en vain la compétence du tribunal de Sargans. Elle résultait en principe de

l'art. 64 al. 1 LDIP, le partage de la prévoyance constituant un effet accessoire du divorce qui peut être demandé au juge du divorce (c. 3.3.1). L'art. 15 ne portant point sur la compétence, il ne pouvait servir de fondement pour une exception réservant la compétence des tribunaux anglais pour régler la prévoyance au Royaume-Uni (c. 3.3.2). Il pourrait être dérogé à la compétence suisse au moyen d'une élection de for fondée sur l'art. 5. En l'occurrence, cependant, à défaut d'avoir désigné une autorité britannique, les époux auraient dû désigner au moins le lieu de l'autorité compétente. Ils n'ont fait ni l'un ni l'autre. On aurait pu se demander, cependant, si une telle désignation ne ressortisse pas indirectement de l'indication de la caisse de pension saisie de la gestion de la prévoyance du mari. L'argument principal apparaît dès lors résider plutôt dans l'absence d'une déclaration de volonté de vouloir remettre le règlement de la question à une autorité. Il ne suffit pas de dire simplement que la question sera réglée directement au Royaume-Uni, comme ce fut fait en l'espèce (c. 3.4). Le recourant n'a pas eu de succès non plus avec l'argument que le litige n'avait certes pas été réglé définitivement au niveau cantonal, mais que le Tribunal fédéral devait y mettre fin afin d'éviter des coûts inutiles et donc un préjudice irréparable (c. 4). Un tel inconvénient n'était pas démontré pour l'hypothèse dans laquelle le tribunal cantonal devait écarter le choix de la loi anglaise, auquel cas il sera procédé en vertu de l'art. 124 afin de fixer une indemnité dont le montant suivra en principe la règle de partage à moitié de l'art. 122. D'une manière ou d'une autre, il conviendra de vérifier la situation économique du couple, qui aura l'obligation d'y collaborer (c. 5).

Divorce – Epoux espagnols – Partage de la prévoyance professionnelle de l'épouse auprès de la caisse de pension de l'OMC

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 29 juillet 2014, 5A\_892/2013

Les Organisations internationales ne connaissent pas de répartition des expectatives de prévoyance à l'occasion d'un divorce ; l'art. 122 CC est alors inopérant. Une indemnité selon l'art. 124 CC doit être déterminée. Cela n'est pas chose aisée, étant donné que l'on se trouve face à des systèmes de prévoyance différents de ce que l'on connaît en Suisse, du fait surtout qu'ils ne prévoient aucune division en pilier, tels l'AVS, le deuxième et le troisième pilier. C'est sur la base du montant du versement de départ auquel un époux peut prétendre à titre de liquidation de ses droits que doit être calculé l'avoir de prévoyance que l'on pourrait comparer au deuxième pilier des assurances sociales suisses, dont il faut déduire l'avoir correspondant au premier pilier, calculé sur la base du nombre d'années de cotisation ; l'indemnité d'après l'art. 124 CC est déterminée à partir de l'option de base de l'art. 122 CC, à savoir un partage par moitié, puis affinée en tenant compte notamment de la situation patrimoniale des parties après le divorce (c. 6).

Autorité parentale et garde des enfants – Divorce d'un couple de nationalité italienne, l'épouse vivant avec leurs deux enfants à Genève, le mari partageant sa vie entre Milan et Genève

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 25 juin 2015, 5A\_985/2014

Le divorce ayant été prononcé, le couple se divisait devant les tribunaux genevois au sujet de l'attribution de l'autorité parentale. L'Italie n'ayant ratifié la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants que le 30 septembre 2015, c'était encore celle de 1961 qui était applicable. La compétence suisse était dès lors fondée sur la résidence habituelle des enfants à Genève et l'application de la loi suisse était fondée sur le même principe, dégagé dans cet arrêt directement de la Convention (art. 1 et 2), « en relation avec l'art. 85 » (c. 1.4). On notera en marge un très rare cas où l'art. 61 al. 3 s'appliquait pour fonder le divorce sur la loi suisse, lorsque la loi nationale commune soumet le divorce à des « conditions extraordinairement sévères ». Appliquant les nouvelles dispositions sur l'autorité parentale, le Tribunal fédéral approuve la Cour de justice de Genève pour avoir conservé cette autorité en commun aux parents, tout en confiant la prise en charge des enfants à leur père en raison de sa plus grande disponibilité à s'en occuper (c. 3).

Mesures protectrices – Divorce des parents de trois enfants en Croatie – Procédure sur l'attribution du benjamin des enfants en cours en France – Ordonnance provisoire fixant la résidence de l'enfant auprès du père en Suisse – Requête du père déposée après le transfert de la résidence de l'enfant en Suisse et tendant à ce que l'autorité parentale exclusive et la garde de celui-ci lui soient confiées. – Compétence des autorités suisses

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 9 octobre 2014, 5A\_313/2014, 5A\_315/2014 – Fam Pra.ch 2015 n° 13 p. 242

Un litige complexe qui fut porté devant le Tribunal fédéral du fait que la Cour de justice de Genève avait estimé que la compétence revenait aux tribunaux français, saisis en premier lieu (le 5 avril 2013), avant que l'enfant ait rejoint son père à Genève (le 19 avril 2013), qui avait saisi les autorités genevoises le 30 avril 2013. La Cour de justice s'était ainsi remise à la position des juges français, qui n'avaient pas renoncé à exercer leur compétence, l'affaire étant pendante en appel (c. 5). Le Tribunal fédéral relève correctement que l'art. 5 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants était applicable en l'espèce et que la *perpetuatio fori* ne s'appliquait pas dans les relations avec la France, Etat contractant. Les autorités de la nouvelle résidence habituelle deviennent compétentes dès le jour du transfert de cette résidence, même si, dans l'Etat de provenance, l'instance est pendante en appel, devant une autorité pouvant revoir la cause tant en fait qu'en droit (ATF 132 III 586 ss, RSDIE 2007 p. 331). La Cour d'appel avait donc perdu sa compétence et si elle devait néanmoins rendre un arrêt, il ne sera pas reconnu en Suisse (c. 7). Liminairement, l'arrêt note que la Convention de La Haye serait applicable « à teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP » (c. 4), ce qui n'est pas le cas. Dans un autre arrêt, rendu le même jour dans la

même affaire, il était expliqué que le transfert de la résidence habituelle devenait effectif sitôt l'enfant arrivé chez son père, eu égard au caractère durable de la nouvelle résidence (5A\_324/2014, c. 5). On ajoutera une précision : L'arrêt ici résumé et un autre du même jour, rendu sur recours d'un autre enfant (5A\_419/2014), conclut à ce que « l'art. 13 CLaH96 s'applique uniquement lorsque le transfert de résidence habituelle a lieu en cours d'instance » (c. 7.1.1, 5A\_313/2014, c. 7.3). Cela est faux, aux dires mêmes des deux arrêts, comme si leurs auteurs n'avaient pas compris le sens de leurs explications. En cas de déplacement de la résidence habituelle, la compétence est également déplacée, aucune litispendance ne se crée, faute de toute *perpetuatio fori* ; l'art. 13 ne s'applique pas. Sans mentionner cette jurisprudence, l'erreur est rectifiée dans l'ATF du 21 décembre 2015 (5A\_713/2015, c. 2).

Droit de garde – Parents allemands, l'enfant vivant avec sa mère en Suisse – Décision de transférer la garde au père, effectué aussitôt – Appel de la mère rejeté au motif que la compétence suisse avait cessé dès la remise de l'enfant au père en Allemagne

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 21 décembre 2015, 5A\_713/2015

Du fait de l'art. 5 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (applicable « gemäss Art. 85 al. 1 IPRG ») et de l'absence de *perpetuatio fori*, la compétence suisse, même exercée en appel, devait cesser le jour du départ de l'enfant à titre de « résidence habituelle » (c. 2.1). L'argument que les autorités allemandes seraient empêchées de se saisir du litige en vertu de l'art. 13 tombe à faux, car dans l'hypothèse d'un transfert de la résidence, la compétence est simplement transférée et il n'existe pas de conflit auquel l'art. 13 pourrait s'appliquer (c. 2.3, rappelant qu'un tel conflit pourrait se présenter au cas où l'art. 10 était en jeu). L'art. 7 ne pouvait pas soutenir la continuation d'une compétence suisse non plus, car la décision de première instance était immédiatement exécutoire, nonobstant appel, de sorte qu'il n'existait point d'enlèvement illicite (c. 2.2). (Cf. par ailleurs, sur cette disposition, l'ATF 141 IV 205 ss, 212).

Droit de visite – Enfants d'un couple marié, vivant avec leur mère en Suisse, le père étant établi à Dubaï – Refus d'exercer le droit de visite du père à l'étranger

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 28 août 2015, 5A\_246/2015

La compétence des autorités suisses et l'application du droit suisse ne pouvaient faire de doute, compte tenu du domicile de l'épouse et de ses enfants en Valais. On note que pour le Tribunal fédéral, les art. 5 et 15 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants sont applicables « en vertu de l'art. 85 al. 1 LDIP » (c. 2). Cela est faux, car l'applicabilité de ces dispositions résulte de la Convention, qui l'emporte de toute manière sur la LDIP (art. 1 al. 2). Le recourant contestait l'interdiction qui lui est adressée de pouvoir emmener ses filles (âgées de 4 et 7 ans) au Liban, pays d'origine des parents et de leurs enfants, dans lequel celles-ci ont vécu jusqu'à fin 2013 et où réside leur famille paternelle. La mesure étant d'un caractère provisoire, dans une

situation familiale non encore stabilisée, le Tribunal fédéral estime qu'elle ne reflète pas un abus de pouvoir de la part du tribunal cantonal. L'arrêt ajoute un motif tiré de la réponse de l'intimée en références aux « Conseils aux voyageurs » publiés sur le site de la Confédération, notant un « risque d'actes terroristes » sur l'ensemble du territoire du Liban et des enlèvements à caractère criminel, qui auraient lieu « sporadiquement » (c. 3.4). L'arrêt n'indique pas ce qui était dit à ce sujet dans la réplique du recourant. Il s'agissait manifestement de *nova*, inadmissibles devant le Tribunal fédéral, retenus dans l'arrêt sans aucune confrontation avec les circonstances du cas particulier.

Autorité parentale ou tutelle – Détermination de la personne à laquelle la rente d'orphelin doit être versée suite au décès accidentel du père en Suisse – Conflit entre la mère des enfants, vivant en Suisse, et la mère du père, invoquant une décision d'attribution de tutelle rendue au Kosovo

Tribunal fédéral, I<sup>re</sup> Cour de droit social, 10 mars 2014, 8C\_789/2013 – ATF 140 V 136

L'arrêt cite plusieurs Conventions qui pourraient s'appliquer à la question de la reconnaissance de la tutelle instaurée au Kosovo. Il exprime des doutes quant à la succession du Kosovo dans les traités ratifiés par la Serbie. En conséquence, il est admis que la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs et celle de 1996 sur la protection des enfants seraient applicables en vertu de l'art. 85 al. 1 LDIP dans ses deux versions successives, la plus récente étant entrée en vigueur le 30 juin 1999 (c. 4.2.1); ce raisonnement est faux, car chacune de ces Conventions est applicable au regard de ses propres règles d'application et non en vertu d'une règle de droit national tel l'art. 85. L'arrêt ajoute qu'il en va ainsi également s'agissant de la reconnaissance de décisions rendues dans des Etats non contractants, et ce à la fois en ce qui concerne les deux traités cités, mais également la Convention de Luxembourg de 1980 sur la reconnaissance des décisions en matière de garde (c. 4.2.2); or, il aurait été suffisant de lire ces textes pour comprendre que leurs règles sur la reconnaissance ne visent que les décisions rendues dans des Etats contractants. Aucun de ces traités n'étant applicable, il aurait fallu s'en remettre à l'art. 85 al. 4. Le point essentiel de l'arrêt porte sur le constat d'une violation manifeste de l'ordre public procédural, sous quelque texte que l'on examine la question, étant donné que l'engagement de la procédure tendant à la mise sous tutelle des enfants n'avait pas été notifiée à leur mère en Suisse et que celle-ci n'était pas admise à y participer (c. 5.2). La mère devait donc toujours recevoir le paiement de la rente des enfants placés sous son autorité parentale exclusive. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral applique le droit suisse (c. 5.1). Cependant, l'arrêt rapporte que les enfants vivaient en fait depuis 2002 au Kosovo (c. 5.2); il aurait donc fallu appliquer le droit de leur résidence habituelle à cette question (art. 16 de la Convention de La Haye de 1996).

Mesures protectrices de l'enfant – Parents français, la mère quittant le domicile du couple en France pour s'installer avec l'enfant à Genève – Juge français fixant la résidence de l'enfant provisoirement en Suisse – Incompétence des autorités suisses

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 30 janvier 2015, 5A\_864/2014

L'enfant est né en juin 2013 à Genève d'un couple non marié de nationalité française. Peu après la naissance, la mère a quitté l'appartement commun en France, pour s'établir avec l'enfant à Genève. D'abord la mère à Genève, puis le père en France, ont entamé en juillet 2013 des procédures portant sur l'autorité parentale, les relations personnelles et l'entretien de l'enfant. Le Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de Thonon-les-Bains s'est déclaré compétent, constatant que l'enfant avait été déplacé illicitement en Suisse en violation du droit de garde du père et ne pouvait donc acquérir de nouvelle résidence hors de France. Cependant, il a également fixé provisoirement la résidence de l'enfant auprès de sa mère en Suisse; de ce fait, la demande du père d'obtenir le retour de l'enfant selon la Convention de La Haye de 1980 devait échouer (ATF 19.12.2013, 5A\_884/2013, RSDIE 2014 p. 533). Les tribunaux genevois ont cependant conclu que ledit juge français était compétent depuis le moment de sa saisine et compte tenu du principe de la *perpetuatio fori*. Le Tribunal fédéral corrige et note que la compétence devait se déterminer selon l'art. 5 de la Convention de La Haye de 1996 en référence à la résidence habituelle de l'enfant, étant rappelé que le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique pas (c. 7.1). Or, malgré le fait que la résidence effective était certes en Suisse, « le juge français l'a expressément fixée à titre provisoire dans sa décision du 22 octobre 2013 »; elle ne saurait donc être qualifiée d'« habituelle ». Cette résidence n'ayant pas été créée en Suisse, elle était restée en France, entraînant l'incompétence des tribunaux suisses (c. 7.2). Ce raisonnement est trop court. La notion de résidence habituelle est une notion de fait, correspondant pour l'enfant, comme l'arrêt le rappelle d'ailleurs, au « centre effectif de sa propre vie et de ses attaches ». Il ne saurait donc dépendre uniquement d'une décision judiciaire, quelle qu'elle soit. En l'espèce, l'enfant avait partagé la vie de sa mère depuis plus d'une année à Genève. Pour lui dénier une résidence habituelle à Genève, il aurait pour le moins fallu examiner d'autres circonstances de sa vie que celles relatées dans l'arrêt (cf., dans une situation comparable, l'arrêt de la CJUE du 9 octobre 2014, C-376/14, C. c. M., n° 44–57, relevant qu'il fallait évaluer l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce).

Enlèvement d'enfant – Départ de la mère avec l'enfant vers la Suisse, sans le consentement du père – Retour d'un très jeune enfant ordonné, celui-ci étant accompagné par sa mère – Lieu du retour

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 3 septembre 2014, 5A\_584/2014

Mariés depuis peu de temps, un climat de violence a émaillé la vie du couple, entraînant le départ subit de la mère et du bébé de deux mois vers la Suisse, auprès de la fa-

mille maternelle. Le mari a demandé le divorce en France, tandis que l'épouse a requis des mesures protectrices de l'union conjugale en Suisse. Le Tribunal fédéral est saisi du litige résultant de la demande de retour du père déposée le 22 avril 2014 auprès de la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal de Vaud. L'enfant avait vécu au domicile conjugal de ses parents en France et sous leur autorité parentale conjointe. Le père n'avait donné son accord qu'à un déplacement temporaire et non à un changement durable ; ses droits parentaux ont ainsi été violés (c. 5) ; il n'y avait pas non plus de reconnaissance du fait accompli *a posteriori* de sa part (c. 6.3.1). Le point sensible de l'affaire était l'ordre donné à la mère du bébé d'assurer le retour de celui-ci en France. L'arrêt analyse l'art. 5 LF-EEA et rappelle plusieurs cas d'application. En l'espèce, on devait certes admettre que l'enfant, encore allaité, ne devait pas être séparé de sa mère (c. 6.3.2). Cependant, une telle situation est évitée si l'on doit attendre du parent ravisseur de raccompagner lui-même l'enfant au retour. Le Tribunal fédéral rappelle ses arrêts qui avaient catégoriquement nié toute prise en considération d'un obstacle au retour du ravisseur au motif qu'il était à l'origine de la situation illicite. Un tel principe ne laisse aucune place à l'intérêt de l'enfant qui risquerait alors d'être renvoyé seul, même très jeune. L'arrêt accepte cependant des assouplissements dans des situations exceptionnelles, s'agissant de cas où le parent ravisseur risque d'être mis en détention ou de l'hypothèse où il aurait noué des relations familiales très solides en Suisse, notamment après un nouveau mariage (c. 6.2.2). En l'espèce, compte tenu des circonstances, le Tribunal fédéral admet que, nonobstant les difficultés pratiques, il peut être raisonnablement exigé de la mère qu'elle retourne en France avec sa fille ; dans ces conditions, aucun risque grave pour l'enfant ne se présente (c. 6.3.2). Sur ce point, l'arrêt rappelle que le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays. Cette pratique peut se réclamer du texte de la Convention de 1980, mais il est incompatible avec le principe du retour *statu quo ante*. En fait, ayant reçu l'ordre de retour, la mère s'était alors établie à Thonon-les-Bains, loin de la région parisienne, en un lieu aussi éloigné pour le père que le village vaudois où elle s'était d'abord enfuie. La mère a fait confiance à l'engagement du père de ne pas requérir l'exécution de l'ordonnance du juge français des affaires familiales fixant la résidence de l'enfant auprès de son père (c. 6.3.2). Elle s'était trompée : le père est venu récupérer l'enfant au bord du Lac Léman trois jours plus tard. L'arrêt rejetant une demande de révision notait que cet engagement n'était nullement un élément pour trancher de la demande de retour de l'enfant (ATF 12.1.2015, 5F\_22/2014, c. 2.2).

Le Tribunal fédéral a une nouvelle fois saisi l'occasion pour se féliciter de ce que la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme soit revenue sur son arrêt *Neulinger c. Suisse* (n° 41615/07) dans une jurisprudence initiée par l'arrêt *X. c. Lettonie* (n° 27853/09), selon laquelle « il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète » ; il suffit d'examiner et de motiver « succinctement » tant les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant (c. 6.2.3). Or, le récit de ce dernier arrêt est

faux, comme il l'a déjà été dans l'arrêt du 16 janvier 2014 (5A\_880/2013, c. 5.1.1, RSDIE 2014 p. 490) et encore dans celui 23 décembre 2014 (5A\_930/2014, c. 6.1.4). En réalité, les deux arrêts coexistent dans la jurisprudence (cf. CEDH, Penchevi, 10.2.2015, n° 77818/12, § 55 s., 67). L'arrêt Efthymiou du 5.2.2015 (n° 66775/11) confirme l'attachement de la Cour à la jurisprudence Neulinger. La Cour rappelle 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). Le Tribunal fédéral n'en prend pas note et cite l'arrêt Efthymiou dans un autre arrêt (ATF 24.9.2015, 5A\_617/2015, c. 3.3.2.1) comme s'il confirmait le résumé de la jurisprudence dans l'ATF du 23 décembre 2014. Il semble s'en être aperçu car l'arrêt du 14 janvier 2016 ne cite plus l'arrêt Efthymiou (5A\_1003/2015, c. 5.1.3), montrant par là que le récit de la jurisprudence de Strasbourg est tronqué.

Enlèvement d'enfant – Epoux vivant en Biélorussie – Mère ne retournant pas avec l'enfant d'un séjour en Suisse – Aucun motif d'opposition démontré

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 23 décembre 2014, 5A\_930/2014

L'enfant vivait avec ses deux parents mariés en Biélorussie, pays de leur résidence habituelle. Lorsque ses parents étaient en voyage à l'étranger, il vivait chez ses grands-parents maternels. Lorsqu'en août 2014, la mère n'est pas revenue de son séjour en Suisse avec l'enfant, le droit du père de participer à la décision sur la résidence de l'enfant était violé (c. 3). L'opposition de la mère au retour devait échouer du fait qu'un grand nombre de faits étaient allégués devant le Tribunal fédéral pour la première fois. De plus, le récit sur la violence du père, le risque de voir l'enfant placé en foyer, la perspective que la mère n'obtienne pas la garde devant les tribunaux de la Biélorussie et tant d'autres portaient en réalité sur le fond de la question du droit de garde et n'avaient pas de place dans l'examen du motif de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de 1980 (c. 6.2). Une demande en révision a échoué (ATF 26.2.2015, 5F\_2/2015).

Enlèvement d'enfant – Epoux de nationalité suisse et serbe – Deux enfants vivant avec leur mère en Serbie – Déménagement de la mère et des enfants en Suisse, à l'insu du père – Jugement serbe réglant les modalités des relations personnelles sans toucher à l'autorité parentale et au droit de fixer la résidence des enfants

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 21 août 2014, 5A\_577/578/2014

La famille a d'abord vécu en Suisse, puis, en septembre 2011, la mère rentrait avec les deux enfants en Serbie. Le couple se séparait en décembre 2011. Après le retour du père en Serbie, en avril 2013, la mère est revenue avec les enfants en Suisse en juin

2013, sans l'accord du père qui n'a plus vu ses enfants depuis lors. Au terme d'une procédure ayant duré plus de six mois (correspondant à la pratique bernoise, mais excessivement longue), le retour des enfants est ordonné par la Cour d'appel le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Le litige se concentre sur l'interprétation d'une décision serbe du 28 mai 2012 qui réglait les relations personnelles entre les parents et les enfants mais sans définir clairement les titulaires de l'autorité parentale. Compte tenu des modalités fixées, le père n'était pas investi d'un simple droit de visite ; de plus, le droit de fixer la résidence des enfants n'était pas abordé et ne pouvait donc avoir été attribué à la mère seule. Dès lors, l'autorité sur les enfants était restée avec les deux parents, ce qui rendait le départ de la mère avec les enfants illicite (c. 3). L'arrêt note qu'une attestation au sens de l'art. 15 de la Convention de 1980 n'aurait pas été utile, car le contenu du droit serbe n'était pas controversé ; en revanche, la décision serbe de 2012 était sujette à interprétation, mais celle-ci n'était pas de la compétence de l'Autorité centrale serbe (c. 3.3). Un accord du père au déplacement n'était pas démontré (c. 4). Le fait qu'une plainte pénale fut déposée en Serbie ne constituait pas un motif d'inquiétude. La mère et les enfants pouvant s'installer facilement en Serbie, disposant d'un logement et de leur entretien, le motif tiré de l'art. 13 al. 1 lit. b ne pouvait prospérer (c. 5).

Enlèvement d'enfant – Parents divorcés en Lituanie, l'autorité parentale étant attribuée à la mère – Injonction d'un tribunal de Belfast à la mère de ne pas quitter le pays avec l'enfant – Départ de la mère et de l'enfant en Suisse, auprès de son nouveau mari – Retour de l'enfant en Irlande du Nord ordonné

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 24 septembre 2015, 5A\_617/2015

L'injonction du tribunal de famille, du 1<sup>er</sup> août 2014, visait à empêcher le départ du pays de l'enfant, qui devait vivre en Irlande du Nord sous garde alternée. Cependant, après avoir célébré son nouveau mariage en août 2014, la mère est partie en compagnie de l'enfant pour vivre en Suisse le 10 mars 2015. La violation du droit de participer à la détermination de la résidence de l'enfant était synonyme du non respect de la décision du tribunal de Belfast (c. 2). Il restait donc l'appréciation du risque d'un « grave danger » en cas de retour de l'enfant qui avait alors 8 ans. La mère s'est déclarée non disposée à revenir en Irlande. Se référant tant à l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention qu'à l'art. 5 LF-EEA, l'arrêt relève, en suivant le Tribunale d'appello du Tessin, que le père était parfaitement en mesure d'héberger l'enfant et d'en assumer l'éducation et que la mère disposait de la famille en Irlande du Nord, ce qui permettait d'y conserver des contacts avec l'enfant même si la mère devait rester en Suisse. L'argument selon lequel la mère serait la principale personne de référence pour l'enfant ne pouvait dès lors l'emporter, compte tenu de son âge, de l'accueil auprès du père (malgré les difficultés économiques) et des liens de la mère avec l'Irlande du Nord. L'intégration de l'enfant en Suisse ne pouvait servir de motif d'opposition, compte tenu de l'aptitude de l'enfant à se sentir à l'aise en Irlande du Nord, pays qu'il connaissait déjà bien (c. 3).

Enlèvement d'enfant – Résidence habituelle de l'enfant et de ses parents mariés en Italie – Départ de la mère et de l'enfant en France, sans l'accord du père – Visite de l'enfant en Italie auprès de son père, suivi de son non-retour en France – Déménagement ultérieur du père et de l'enfant en Suisse

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 14 mars 2016, 5A\_58/2016

Des cas de double enlèvement sont plutôt rares, mais toujours compliqués. En l'espèce, les époux américains ont vécu plusieurs années aux Etats-Unis où est née leur fille en 2005. En septembre 2013, le mari a pris un emploi en Italie, suivi par son épouse, mais sans y rester longtemps. Quelques mois plus tard, en effet, elle quitta l'Italie avec l'enfant, pour rejoindre sa mère vivant en France. Encore quelques mois plus tard, l'enfant retourna chez son père en Italie. Un an après, en août 2015, celui-ci saisit l'occasion d'un travail en Suisse, rejoint par sa fille. La demande de la mère présentée en Italie fut d'abord rayée du rôle, puis, après avoir été rouverte, à nouveau démarquée en raison du départ du père et de la fille en Suisse. Il restait alors la demande de retour en France introduite en Suisse en novembre 2015 et aussitôt rejetée en janvier 2016. Pour savoir si le séjour de l'enfant en Suisse a été créé ou conservé de manière illicite, il fallait d'abord déterminer sa résidence habituelle (c. 3). Celle-ci se trouvait en Italie, dès l'arrivée de la mère et de leur fille en Europe (c. 4.1, 7.1). La controverse divisant les parties portait principalement sur la question de savoir si le père, de par son comportement, avait implicitement consenti au déménagement de sa fille en France en novembre 2013 ou s'il y avait acquiescé (c. 4.2–4.4, 5.1). Le Tribunal fédéral estime que les juges cantonaux ne sont pas tombés dans l'arbitraire en répondant négativement à cette question (c. 7.2). Cette conclusion devait avoir pour effet que le père n'a pas agi illicitement lorsqu'en mai 2014, il avait accueilli sa fille pour une semaine de vacances chez lui en Italie, sans faire en sorte qu'elle revienne en France par la suite (c. 5.2, 5.3). Pour la mère, ce non-retour constituait déjà un enlèvement illicite, sur lequel se greffait un second, dès l'instant où, en août 2015, le père déménagea avec l'enfant en Suisse (c. 5.3). Pour les juridictions suisses, il s'agissait d'un cas de « Selbstjustiz », confirmé en quelque sorte par le fait que les procédures en retour de l'enfant n'avaient abouti, ni en Italie, ni en France (c. 7.3). Le Tribunal fédéral approuve le tribunal cantonal pour n'avoir pas retenu que le transfert de la résidence de l'Italie en Suisse était illicite, ce d'autant que la recourante ne l'invoquait pas (c. 7.4); cela est étonnant, car le père avait alors agi sans le consentement de la mère, ce qui a laissé parler celle-ci d'un second enlèvement, comme l'arrêta le rapporte (c. 5.3). La question de savoir si le caractère illicite du déplacement n'était pas écarté du fait d'une décision italienne rendue en juillet 2015 et attribuant la responsabilité parentale exclusive au père est laissée ouverte; elle était en fait décisive pour juger que l'absence de l'accord de la mère était sans pertinence.

Enlèvement d'enfant – Départ du père avec les enfants de la France en Suisse – Aucun consentement de la mère – Aucune preuve d'un retour intolérable

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 14 janvier 2016, 5A\_1003/2015

Le père a quitté le domicile conjugal avec les deux enfants du couple, nés en 2006 et 2010, laissant un message qu'ils allaient rester en Suisse. L'ordonnance de retour ne devait pas faire de doute. Le père alléguait une demande de naturalisation suisse des enfants, un projet de déménagement en Suisse et les quatre mois pris par la mère avant d'exiger le retour des enfants. De tels faits n'étaient pas de nature à rendre objectivement vraisemblable un consentement quelconque de l'épouse au départ des enfants (c. 5.1.1, 5.2.1). L'arrêt note en marge que l'on peut considérer une décision accordant la garde au parent ravisseur postérieurement au déplacement comme un acquiescement au sens de l'art. 13 al. 1 lit. a de la Convention de 1980 (c. 5.1.1, in fine). Rien ne démontrait que le retour des enfants serait intolérable pour eux, au motif, par exemple, des capacités éducatives moindres de la mère (c. 5.1.2, 5.2.2). On comparera cet arrêt à celui du 15 octobre 2014 (5A\_705/2014), portant sur l'enlèvement d'un enfant de la France vers la Suisse par sa mère, et examinant également des allégations détaillées, mais non fondées, sur un consentement donné par le père au départ de l'enfant ainsi que sur les risques en cas de retour.

Enlèvement d'enfant – Décision cantonale de retour immédiatement exécutoire – Recours au Tribunal fédéral irrecevable

Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 7 septembre 2015, 5A\_623/2015 – FamPra.ch 2016 n° 13 p. 313

Cet arrêt fait revivre, sans la rappeler, une ancienne jurisprudence (ATF 120 Ia 165 ss) dont on croyait qu'elle était définitivement abandonnée (cf. Markus, AJP 1997 p. 1091 n. 87). Elle est déjà réapparue dans un cas de retrait de l'autorité parentale (ATF 19.6.2014, 5A\_210/2014, RSDIE 2014 p. 526). L'injustice, aussi criante qu'elle soit, n'a souvent pas été une raison pour amener les Juges de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil à trancher correctement en droit des litiges en matière d'enlèvements d'enfant; chacune des Chroniques dans la RSDIE en témoigne. En l'espèce, on est face à un nouvel excès. L'Obergericht de Zurich était saisi du cas d'un garçon de 13 ans qui avait quitté le domicile de sa mère en Allemagne à son insu pour rejoindre en train son père venu l'accueillir à Schaffhouse. Les parents avaient vécu auparavant en Norvège, où un tribunal ordonnait la responsabilité parentale conjointe, avec la garde exercée par la mère. Sitôt le garçon arrivé en Suisse, le père demandait l'attribution de l'autorité exclusive devant un tribunal allemand et la mère le retour de l'enfant auprès d'elle. La pratique instaurée à Zurich a alors été suivie: un jour pour l'audition de l'enfant, le jour suivant pour l'audience avec les parties, et le retour est ordonné et exécuté le troisième jour. Dans certains cas, le premier jour est consacré à l'audition de toutes les personnes concernées, suivi d'un jour « vide », la procédure étant close le lendemain

par le prononcé du renvoi. Bien évidemment, le litige est tranché d'entrée de cause, car la préparation de l'exécution (impliquant l'engagement de la gendarmerie, l'organisation du voyage, incluant le cas échéant l'achat de billets d'avions, etc.) doit être finalisée plusieurs jours, si ce n'est pas des semaines, avant que l'Obergericht n'ouvre la phase judiciaire orale. Les Juges ont donc déjà décidé et rédigé leur jugement avant d'entendre les parties, ordonnant que l'enfant soit sécurisé ou séquestré afin qu'il ne puisse échapper au renvoi forcé. C'est une bien triste parodie de justice, qui a également inspiré la pratique de l'Obergericht d'Argovie. Elle vient de recevoir l'aval du Tribunal fédéral, qui refuse d'en être saisi, sous le prétexte qu'il manquerait un intérêt légitime de protection à mettre à néant une décision cantonale de retour déjà exécutée, aucun arrêt du Tribunal fédéral n'étant encore susceptible d'aboutir au retour de l'enfant en Suisse. Cela est évidemment faux, car si l'arrêt de renvoi est annulé, l'enfant peut librement revenir en Suisse et y rester, jusqu'à ce que la question de la garde soit tranchée définitivement par le tribunal saisi du fond du litige. L'Office fédéral de la justice, qui surveille l'application de la Convention de 1980 et dispose de la qualité pour participer à la procédure cantonale et recourir au Tribunal fédéral (art. 76 al. 2, 111 al. 2 LTF, cf. FF 2007 p. 2466), laisse faire. Certes, dans la logique du droit, il faudrait remonter au niveau des droits de l'homme et de l'art. 6 par. 1 CEDH pour faire valoir l'atteinte au droit fondamental à un procès équitable, comme l'a noté Jonas Schweighauser en rapport avec la problématique parallèle en droit du refoulement des étrangers (cf. FamPra.ch 2016 p. 320) ; on peut s'inspirer par ailleurs de la jurisprudence sur la renonciation au recours des athlètes contre des sentences arbitrales (cf. ATF 133 III 235 ss, 244). Ne serait-il pas plus simple de souhaiter que les Juges veuillent bien accepter de réfléchir sur leur rôle et la moralité de leur office ?

