
SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

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

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

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

ISSN 1019-0406 www.sriel.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Lorenz Langer

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor (Lorenz.Langer@sriel.ch). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: www.schulthess.com
Managing Publisher: Firas Kharrat
Product Manager Journals: Christian Hillig

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 242
Single issue: CHF 73, plus postage
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).
Vorzugspreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 11,
E-Mail: pietro.stuck@zs-werbeag.ch

COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

FREQUENCY

The Review is published quarterly, volume 28

CITATION

28 SRIEL (2018) p. 1

INTERNET

www.sriel.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

SVIR-TAGUNG 2017

Update zu den drei Revisionen des IPRG – Schiedsgerichtsbarkeit, Insolvenzrecht, Erbrecht (Markus Müller-Chen)	157
Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts: Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination mit der Europäischen Erbrechtsverordnung (Andrea Bonomi)	159
Successions internationales et (sémi-)loi fédérale sur le droit international privé : quelques défis (Gian Paolo Romano)	183
Kernpunkte der Revision des 12. Kapitels des IPRG (Marco Stacher & Christian Oetiker)	213

RECENT PRACTICE

Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2016/2017) (Jürg Borer)	225
Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille (Andreas Bucher)	245
The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2017 (Michael Hahn, Rachel Liechti-McKee, Tetyana Payosova & Brigitta Imeli) ..	269

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher*

Table des matières

- I. Filiation paternelle
- II. Protection des enfants
- III. Enlèvement d'enfant
- IV. Arrêts en bref

I. Filiation paternelle

Paternité de l'enfant née de parents mariés, mais également reconnue par son père suisse en République dominicaine, pays d'origine de sa mère – Fille résidant habituellement en République dominicaine – Qualification de l'action en contestation de la filiation – Présomption de paternité constatée selon le droit suisse, la contestation de la filiation étant par ailleurs régie par le droit dominicain

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 9 juin 2017, 5A_780/2016

La vie du couple était très mouvementée, basculant entre la Suisse (pays d'origine du mari) et la République dominicaine (pays où le mariage avec l'épouse d'origine locale a eu lieu). Après avoir vécu un moment en Suisse, la femme est retournée dans son pays en décembre 2010. Sa fille y est née le 17 avril 2011. Elle y a été reconnue par le mari lors d'une visite en janvier 2012. Peu de temps après, le couple est revenu vivre en Suisse, laissant cependant la fille dans le pays de sa naissance. Le couple s'est à nouveau séparé dès le 30 septembre 2014. Déjà avant cette date, le 27 septembre 2013, le mari introduisit son action tendant à ce qu'il soit constaté qu'il n'est pas le père de l'enfant. L'action fut rejetée en première instance le 29 décembre 2015 et par l'Obergericht de Zurich le 5 septembre 2016. Le Tribunal fédéral reconnaît dans l'action non seulement une action formatrice, mais au-delà une demande tendant à ce que la dissolution du lien de filiation entre le père et la fille soit prononcée (consid. 1.2).

L'arrêt engage la réflexion en constatant que la qualification du rapport de droit litigieux était régie par le droit suisse du for (consid. 4.1). En l'espèce, il s'agit de savoir s'il faut consulter la règle de conflit régissant la contestation de la filiation d'un enfant

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

né dans le mariage (art. 68 LDIP) ou de la contestation d'un lien de filiation fondé sur la reconnaissance (art. 72 al. 3 LDIP) ; jusque-là, le raisonnement est correct (consid. 4.2). L'arrêt se lance alors dans une analyse de droit suisse matériel dont il résulte que l'enfant était né dans le mariage (art. 255 al. 1 CC) et qu'en conséquence, une reconnaissance d'enfant n'était pas possible (art. 260 al. 1 CC). Le fait que l'acte de naissance mentionnait que la mère était célibataire doit dès lors être considéré comme inexact. La démarche du mari porte donc sur une action en désaveu, pour laquelle l'art. 68 al. 1 LDIP est pertinent, conduisant au droit matériel de la République dominicaine (en oubliant un éventuel renvoi, art. 14 al. 2). Cette manière de procéder en termes de qualification n'est pas correcte (consid. 4.3 et 4.4). Celle-ci consiste à définir la notion de rattachement et non à trancher en droit matériel la question sous-jacente. Il suffit de lire l'arrêt : il n'est dit à aucun moment quel était le droit applicable à la question de savoir si la paternité de l'enfant était fondée sur sa naissance dans le mariage. La réponse est donnée directement en référence au Code civil suisse, à titre de qualification. En réalité, l'art. 68 est applicable à cette question autant qu'à celle de l'action en désaveu, les deux questions étant manifestement régies par le droit dominicain de la résidence habituelle de l'enfant (qui n'a jamais vécu en Suisse). Pour avancer correctement, on aurait simplement dû constater qu'eu égard à la qualification suisse, l'action s'articulait en termes de désaveu, régi par le droit de la République dominicaine autant que la présomption de paternité du mari elle-même. Si l'action devait, de l'avis du père, se comprendre comme une action en contestation de la reconnaissance, elle aurait été qualifiée comme telle et régie par le droit suisse (art. 72 al. 3 LDIP). En droit suisse, cette dernière action n'entre en jeu que dans l'hypothèse où la paternité ne résultait pas déjà du mariage. On commencera donc par examiner tout d'abord cette question, avant d'en venir, le cas échéant, à la contestation de la reconnaissance déclarée en République dominicaine.

En l'espèce, l'action en désaveu devait échouer selon le droit de la République dominicaine du fait que le mari n'avait pas respecté le délai de deux mois depuis le jour où il était revenu vivre auprès de la mère et au lieu de naissance de l'enfant, soit dès janvier 2012. Constatant la présence de l'enfant, il avait du temps pour nourrir des doutes quant à sa paternité. L'action intentée dans le canton de Zurich en septembre 2013 était donc tardive. Dans un considérant fouillé, l'arrêt explique qu'un tel régime juridique, certes rigide, n'était pas incompatible avec l'ordre public et cela également sous l'angle de l'art. 8 CEDH (consid. 6.2 et 6.3).

Un doute subsiste. L'action étant perçue comme une action en désaveu, elle suppose l'existence d'un mariage avec la mère. L'arrêt mentionne un mariage conclu en République dominicaine le 5 décembre 2009, reconnu en Suisse, mais sans renvoyer à une pièce. La mère s'opposait au désaveu et n'avait donc aucun intérêt à laisser émerger l'idée que ce mariage n'existait pas. Il est dit également que le mari ne contestait pas l'existence du mariage ; il en résulterait que la mention de la mère en tant que femme célibataire sur l'acte de naissance de l'enfant était fautive (consid. 4.3). Est-ce

bien vrai ? La maxime d'office n'aurait-elle pas exigé d'aller plus loin que de s'en remettre aux positions prises par les parties ? On hésite d'abord en notant que le Tribunal fédéral écarte la validité d'une inscription sur un acte d'état civil dominicain en référence exclusive au droit suisse (art. 9 CC). L'arrêt ne dit pas que l'identité du père figure sur cet acte. Or, d'après l'art. 57 du Code civil dominicain, c'est la caractéristique de l'acte de naissance d'un enfant d'une mère célibataire ; la mention de celle-ci dans cet état était donc correcte. L'acte n'aurait pas pu être libellé ainsi si celle-ci était mariée. Si ce qu'admet le Tribunal fédéral était vrai, on n'aurait pas pu constater que l'enfant était empêché de suivre ses parents en Suisse du fait qu'il ne recevait pas de visa d'entrée. L'enfant était donc de nationalité étrangère, dominicaine ; on n'évoque pas une nationalité suisse qui lui aurait été transmise de son père, mari de sa mère, permettant sa venue en Suisse sans encombre. Et du moment que le Tribunal fédéral se place en terme de qualification pour poser le principe que la filiation par le mariage l'emporte sur la reconnaissance, pourquoi ne s'est-il pas posé la question de savoir si tel était également la situation en droit dominicain, ce qui laisserait apparaître la reconnaissance d'enfant faite dans le pays de la mère sous un autre jour, suggérant que le mariage n'y existait pas ? Sur ce point, en effet, le droit dominicain correspond au droit suisse : l'acte de reconnaissance n'a pu se faire que parce que son auteur n'était pas marié (art. 335 du Code civil). On perçoit aussi mal l'observation du Tribunal fédéral que le mari ne saurait se plaindre d'avoir agi tardivement pour contester sa paternité étant donné qu'il l'avait reconnu formellement devant les autorités dominicaines (consid. 6.5). L'arrêt omet de préciser que cette reconnaissance était intervenue lors de son séjour en janvier 2012 ; rien ne dit qu'à ce moment déjà, il aurait pu avoir des doutes quant à sa paternité. Il semble bien que le Tribunal fédéral s'est trompé : le père contestait la validité de sa reconnaissance et non une paternité résultant d'un mariage qui n'existait pas. Lorsqu'il avait intenté son action, il n'avait aucun intérêt à mettre le doigt là-dessus, car à ce moment, il vivait encore pendant une année en ménage commun avec son « épouse » en Suisse ; cela n'aurait pas pu se faire dès le moment où il aurait été connu que celle-ci n'était pas mariée avec lui, avec le risque que leur fille pourrait manquer des ressources tirées du salaire reçu en Suisse. L'arrêt a été rendu par cinq juges et il a fallu plus de sept mois pour y aboutir ; c'était donc une affaire controversée.

Enfant né en Suisse d'une mère mariée, de nationalité italienne – Epoux séparés de corps – Reconnaissance de l'enfant déclaré en Italie par son père biologique, double national suisse/italien – L'ordre public suisse ne s'oppose pas à la reconnaissance de cet acte, malgré la paternité présumée du mari

Verwaltungsgericht du canton de Zurich – 16 décembre 2015, FamPra.ch 2016 n° 42 p. 750.

Les mœurs changent et les familles recomposées prennent des formes de plus en plus variées. Il est incontestable que le régime suisse de la présomption de paternité du mari est ressenti de plus en plus comme rigide. Lorsque le mariage est définitivement

rompu, en fait, pourquoi se limiter à faciliter le désaveu plutôt que de faire cesser la présomption de paternité directement ? De nombreux ordres juridiques ont fait ce pas, avec la conséquence que le père biologique peut procéder valablement à la reconnaissance de l'enfant alors que la mère est encore liée par un mariage qui n'existe plus réellement. L'arrêt explique longuement ce changement dans la perception de la paternité comme reflétant le lien réel du père avec son enfant. Le fait que, pour l'Italie, la présomption de paternité cesse depuis un certain temps après la séparation des époux, permettant alors la reconnaissance par le père réel, correspond au simple bon sens et aux opinions prévalant de nos jours. L'ordre public suisse ne saurait donc s'y opposer. Cela dit, on ne devrait pas se contenter de citer quelques auteurs avant-gardistes qui ne sont aucunement représentatifs de l'avis général que l'on pourrait dégager d'une analyse plus large dans la population, afin de dégager le « sentiment suisse du droit ». Le Tribunal fédéral suit une position soutenant fermement le régime du droit civil suisse, mettant la priorité sur ce que législateur avait jugé à l'époque comme étant dans l'intérêt du mariage. Surtout, on doit préserver la cohérence de l'ordre juridique. En l'espèce, le Tribunal administratif de Zurich était saisi uniquement de la reconnaissance en Suisse de l'acte italien par lequel le père biologique a reconnu l'enfant en Italie, le 8 avril 2015. En approuvant la requête, il devait être de l'avis que ce père devait être enregistré comme le père de l'enfant dans le registre suisse de l'état civil. Or, dans ce registre, le mari de la mère était déjà inscrit dès le jour où, le 6 juin 2015, l'enfant est né dans le canton de Zurich. L'arrêt n'en dit mot. On ne sait pas comment les autorités de l'état civil ont traité ce cas de double paternité. La radiation du père légal n'a pas été ordonnée. On peut certes se montrer accueillant aux reconnaissances d'enfants de mères mariées, mais il faudrait alors également corriger le régime de la présomption de paternité du mari. L'un ne va pas sans l'autre.

II. Protection des enfants

Convention de La Haye de 1996 – Départ de la mère avec les enfants aux Etats-Unis, Etat non contractant – *Perpetuatio fori* de l'autorité suisse de la résidence habituelle antérieure des enfants

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 2 novembre 2017, 5A_382/2017

L'affaire s'étant étalée devant les tribunaux depuis quelque temps dans une dimension de pur droit interne, elle est devenue internationale au mois de juillet 2016, lorsque la mère est partie avec les deux enfants du couple aux Etats-Unis. Un déplacement de la résidence habituelle des enfants a manifestement eu lieu. Les Etats-Unis n'étant pas parties à la Convention de La Haye sur la protection des enfants de 1996, la pratique suisse admet alors la *perpetuatio fori* des autorités suisses saisies antérieurement au départ des enfants, quitte à ce que certaines modalités dépendant des conditions de la vie locale des enfants soient aménagées, en cas de besoin, par les autorités américaines compétentes.

Dans la petite querelle que nous entretenons avec la II^e Cour de droit civil sur le fait de savoir si la Convention de 1996 est applicable en tant que traité de droit international, comme elle le dit elle-même, ou « à titre de droit national » comme le voit le Tribunal fédéral, mal aiguillé par ce qu'il voit dans le « renvoi » de l'art. 85 al. 1 LDIP, le présent arrêt met du plomb sur ce dernier argument, reléguant notre avis dans la case *contra* (consid. 2). Or, comme sa jurisprudence était inexacte, elle ne peut devenir correcte du simple fait de la répéter. Il aurait mieux valu examiner la question, même à une ultime reprise. Ce faisant, on constatera que l'on ne peut citer comme appui deux arrêts dont l'un contredit l'autre : si la Convention de 1996 s'applique « à titre de droit national », on peut mentionner l'ATF 142 III 56, mais on ne devrait pas renvoyer également à l'ATF 142 III 1, pour lequel le même traité constitue une « loi uniforme », applicable aux relations de la Suisse avec tous les Etats (cf. SRIEL 2016 p. 443). En fait, il suffit de lire la Convention. Ce que le Tribunal fédéral veut faire dire à celle-ci est qu'elle « s'applique dans les relations entre la Suisse et les Etats qui ont ratifié cette convention ». Or, cela, la Convention ne le dit pas ; le Tribunal fédéral n'a jamais cité de disposition en ce sens. En réalité, il faut distinguer selon la nature des règles en jeu. Ainsi, celles sur la loi applicable produisent des effets *erga omnes*, car elles s'appliquent même lorsqu'elles désignent la loi d'un Etat non contractant (art. 20). On ne saurait y mêler l'art. 85 LDIP. S'agissant des règles sur la compétence, tel l'art. 5 al. 1, elles s'appliquent, dans chaque Etat contractant, dans la mesure où elles fondent la compétence dans cet Etat ; le fait que le cas d'espèce puisse présenter par ailleurs des liens avec un ou plusieurs Etats non contractants est sans importance. Il n'y a aucune disposition qui dirait le contraire, mis à part les articles 8 et 9 sur un transfert de compétence qui ne peut s'opérer qu'entre Etats parties au système.

Il faudrait surtout éviter de laisser le raisonnement tourner en rond : dire que la Convention s'applique « à titre de droit national » en vertu de l'art. 85 al. 1 LDIP, puis appliquer l'art. 5 al. 1 de la Convention pour y trouver le principe de la compétence des autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle. Si l'on prenait l'art. 1 al. 2 LDIP au sérieux, cet art. 5 al. 1 s'appliquerait d'emblée, conformément à ses termes et sans égard à la nationalité de l'enfant (qui pourrait être celle d'un Etat non contractant). L'art. 85 al. 1 LDIP joue alors son simple rôle de règle de signalisation. Si elle n'existait pas, le fondement juridique de la compétence serait toujours à l'art. 5 de la Convention.

Il subsiste le cas particulier de la *perpetuatio fori*. Sur ce point, on peut comprendre l'alinéa 2 comme une règle laissant une place au droit national (suivant l'avis du Rapporteur, P. Lagarde, n° 42). Car cette disposition ordonne la compétence des autorités de la nouvelle résidence habituelle uniquement si ces autorités sont celles d'un Etat contractant. Nous pensons que cela implique *e contrario* que la Convention laisse à chaque Etat contractant la possibilité de refuser un tel changement lorsque le nouvel Etat de résidence n'est pas partie à la Convention. C'est le choix fait par la pratique suisse, invoquant le principe de la *perpetuatio fori*, avec la nuance que les autorités

suisses peuvent renoncer à exercer leur compétence si l'éloignement de l'enfant de la Suisse est tel qu'il vaut mieux ne pas ordonner des mesures dont on peut savoir d'emblée qu'elles resteront sans effet. A notre avis, ce principe et les modalités qui l'accompagnent sont étroitement liés à l'alinéa 2 de l'article 5. Si le Tribunal fédéral entend s'en rapporter à l'art. 85 LDIP, soit, mais en fait, il ne le fait pas. Il se sert de l'art. 85 uniquement en tant que tremplin pour retourner à la Convention qui ne consacre la *perpetuatio fori* que, et par la marge, à l'alinéa 2 de l'art. 5 (cf. en ce sens également, l'ATF du 15 janvier 2018, 5A_236/2016, consid. 3.1.3, concernant le Canada).

Au demeurant, en procédant de la sorte, on doit exiger que cet alinéa 2 soit appliqué correctement. Car cette disposition dit bel et bien qu'elle n'est pertinente que « sous réserve de l'article 7 ». Cela signifie que dans l'hypothèse où l'on voudrait se servir de l'alinéa 2 pour un retour au droit national consacrant la *perpetuatio fori*, il convient de laisser néanmoins la priorité à l'article 7 qui prévoit une compétence directement fondée sur la Convention dans les cas d'enlèvement. Or, tel était le cas dans la présente affaire. La mère avait quitté la Suisse avec les enfants au début du mois de juillet 2016. L'attribution de l'autorité parentale et de la garde à la mère seule n'a eu lieu que le 25 juillet 2016, par une mesure protectrice de l'union conjugale, alors que le divorce avait déjà été demandé quelques jours avant, le 11 juillet par l'épouse aux Etats-Unis et le 18 juillet par le mari en Suisse. La compétence suisse a donc été affirmée à tort sur la base de la *perpetuatio fori*, étant donné qu'elle était consacrée par l'article 7 de la Convention.

L'arrêt mentionne la Convention de 1980 sur un point accessoire. Il est dit que l'arrêt cantonal avait judicieusement expliqué au recourant que l'autorité centrale américaine allait prendre ou faire prendre toute mesure propre à assurer la remise volontaire de l'enfant (art. 10 ; consid. 5.2). Cela est certes exact, mais inutile, car au moment de l'arrêt cantonal, le 19 avril 2017, la demande de retour a certainement déjà été retransmise à la juridiction compétente de l'Etat de la résidence de l'enfant, après qu'elle a été réceptionnée bien avant cette date, en juillet 2016. Par ailleurs, à en lire l'arrêt fédéral, le recourant avait demandé une confirmation judiciaire du fait qu'un enlèvement illicite avait eu lieu. Le Tribunal fédéral semble ne pas avoir compris qu'une telle demande était parfaitement recevable en vertu de l'art. 14 de la Convention et même fondée si l'on se réfère aux données figurant dans l'état de fait de l'arrêt.

Enfin, l'arrêt assortit le principe de la *perpetuatio fori* d'une restriction intéressante. En effet, le père avait formulé des exigences précises quant aux modalités de l'exercice d'un droit de visite téléphonique par l'entremise de l'opérateur de Skype aux Etats-Unis. Cependant, il était difficile pour une autorité suisse de se prononcer sur ces modalités. Le Tribunal fédéral a ainsi estimé qu'il n'était pas arbitraire de prévoir que l'exercice du droit aux relations personnelles s'effectuera par le biais de Skype, mais de renvoyer le recourant pour le surplus à agir devant les autorités américaines au cas où les intéressés ne parvenaient pas à s'entendre sur la manière de gérer les contacts entre les enfants et leur père (consid. 10).

III. Enlèvement d'enfant

Convention de La Haye de 1980 – Garde alternée de façon égalitaire – Quel est le droit applicable à l'illicéité de l'enlèvement ? – Détermination d'une seule résidence habituelle

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 8 mars 2018, 5A_1021/2017

On ne s'attendait pas à ce qu'une question aussi pointue se pose de sitôt au Tribunal fédéral, alors que ni la jurisprudence ni la doctrine ne l'ont encore évoquée. Quelle est la résidence habituelle ou le domicile de fait d'un enfant faisant l'objet d'une garde alternée strictement égalitaire, chaque parent assumant une prise en charge égale à celle de son partenaire ? En l'espèce, l'égalité s'est étendue sur deux pays, l'enfant vivant deux semaines à Lausanne et deux autres semaines en Allemagne, sans que l'on puisse donner un poids prépondérant à la relation de l'enfant avec l'un plutôt qu'avec l'autre de ses parents. Certes, les deux situations ne sont pas identiques, du fait, par exemple, que l'enfant ne s'absente que quatre demi-journées de sa mère pour fréquenter un centre de petite enfance, tandis qu'en Allemagne, le séjour au *Kindergarten* est plus intense, cinq jours par semaine et pour la journée. Mais il serait vain de vouloir sectionner la vie de l'enfant dans tous ses détails pour y trouver une démarcation de 49:51% plutôt que moitié-moitié, alors que la famille se fonde sur un partage strictement égalitaire et se montre convaincue de l'avoir institué. De même, on ne saurait attacher d'importance à la nuance linguistique que l'on pourrait vouloir déceler dans la clause prévoyant pour l'enfant un « *Hauptwohnsitz* » en Allemagne et un « *Erstwohnsitz* » en Suisse.

L'art. 25 du Code civil laisse perplexe : « L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui détient la garde ; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence. » Manifestement, ce texte a été écrit lorsque le Code civil ne connaissait pas encore la garde partagée ou alternée. Pourtant, il a été révisé lors de la réforme du droit de l'autorité parentale en 2013. Que faire lorsque les deux parents détiennent la garde ? La loi dit qu'il faudrait alors se rabattre sur la résidence de l'enfant. Mais cela est écrit au singulier, loin de l'idée que l'enfant pourrait avoir deux résidences, l'une et l'autre auprès de chacun de ses parents. En France, on voit plus loin, sans s'entendre encore sur la solution. L'Assemblée nationale est saisie d'un projet qui vise à tenir compte de la situation réelle de l'enfant, qui est rattaché en fait auprès du domicile de chacun de ses parents. La France ne connaissant plus le terme de « garde », on parle de « résidence alternée ». Cela revient à attribuer à l'enfant vivant en garde alternée deux résidences et, par conséquent, deux domiciles.

Le Tribunal fédéral n'a pas voulu diriger son regard aussi loin. Pourtant, en admettant correctement que la notion de résidence habituelle de la Convention de La Haye devait être comprise avec son sens « autonome » (consid. 5.1.2), on aurait pu s'attendre à un examen de droit comparé parmi les pays se trouvant dans une situation

analogue. L'arrêt bat en retraite et s'en remet à la jurisprudence fondée sur la notion de centre de vie qui est fondamental en droit suisse, sans que l'on puisse affirmer qu'elle soit inhérente à la notion autonome de la résidence. Il est ajouté que le principe du recours exclusif au rattachement de la résidence habituelle s'oppose à ce que l'enfant puisse avoir plusieurs résidences habituelles. Cela est certes correct, mais ne répond pas au problème qui se pose lorsque les conditions servant à déterminer cette résidence sont réunies à deux lieux, voire deux pays, la répartition étant faite de façon parfaitement égale. A moins de se réfugier dans des artifices hors de la réalité, la garde alternée peut entraîner deux centres de vie dont le poids respectif dans la vie de l'enfant est le même.

Le Tribunal fédéral croit trouver la solution dans notre idée qu'en cas de garde alternée, l'enfant peut avoir deux résidences alternatives et successives (Commentaire romand, LDIP, art. 85 n° 22). Cela peut être une solution dans certains cas, mais cela ne peut viser l'hypothèse qui devient fréquente de nos jours, de la garde alternée de semaine en semaine, notamment. Nous avons songé à l'enfant vivant pour quelques mois avec l'un de ses parents, jusqu'à l'acquisition d'une résidence habituelle, avant de retourner auprès de l'autre parent pour une durée équivalente; il y aurait alors, non seulement deux résidences alternatives, mais aussi successives. Dans le cas d'espèce, et dans la pratique de nos jours, c'est l'hypothèse de deux résidences habituelles simultanées qui pose problème. Le Tribunal cantonal de Vaud, auquel l'affaire est renvoyée, doit se trouver bien ennuyé de devoir se rabattre sur une seule résidence habituelle, soit en Allemagne, soit en Suisse, au moment qui est allégué comme étant celui de l'enlèvement de l'enfant, ou de lui fixer des résidences alternatives ou successives qui n'existent manifestement pas en l'espèce, étant donné que l'enfant ne vit pas dans une situation dans laquelle elle pourrait acquérir une nouvelle résidence toutes les deux semaines après son retour chez l'autre parent (consid. 5.3).

N'aurait-il pas fallu approfondir davantage la question de l'applicabilité de la Convention de 1980 dans l'hypothèse dans laquelle on admettait, au plan d'une qualification autonome, deux résidences habituelles simultanées auprès de deux parents qui se partagent la garde dans un régime plus ou moins strictement égalitaire? L'institution de la garde alternée étant voulue et ordonnée de manière de plus en plus fréquente, la jurisprudence devra faire le pas vers une solution raisonnable et praticable, plutôt que d'en rester à un concept de domicile dépassé par l'évolution des modes de la vie familiale. On ne saurait attendre l'initiative du législateur, suisse ou international, même si le débat en France devait fournir des idées utiles.

A y regarder de plus près, pourquoi ne conviendrait-il pas de partir du principe qu'en cas de garde alternée entraînant une double résidence alternée, l'ordre juridique de chacun des pays visés puisse constituer le droit de référence pour déterminer si l'enlèvement est illicite? Dans le cas particulier, on se référerait au droit du pays de celui des deux lieux de résidence où l'enfant se trouvait immédiatement avant le déplacement ou le non-retour. En l'espèce, on aurait admis la violation du droit suisse,

étant donné que la mère refusait la poursuite du régime alterné tel que convenu et pratiqué, du fait qu'il ne convenait plus dès le moment où l'enfant avait acquis l'âge entraînant l'entrée à l'école obligatoire. La mère ayant retenu l'enfant, la résidence habituelle déterminante au sens de l'art. 3 de la Convention était en Suisse. Peu importe que l'enfant dispose encore d'une autre résidence habituelle, et ce même si celle-ci devait se trouver dans un pays dont le droit n'aurait pas retenu un cas d'illécitité. Dans une situation de garde alternée, un tel cas ne se produit pas, normalement, étant donné que la violation du régime de garde selon le droit suisse implique nécessairement le non-respect du régime de garde reconnu au lieu de la résidence habituelle en Allemagne. L'enlèvement s'avère ainsi illicite selon les deux droits concernés, ce qui ne doit pas rendre le fonctionnement de la Convention plus difficile.

La Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du Vaud a pris un chemin quelque peu plus court, en constatant simplement que la mère avait agi en violation du droit de garde partagée, partant de manière illicite, quel que soit le droit applicable. Cependant, cette violation avait pour cause l'impossibilité d'appliquer le modèle de la garde alternée sur la distance séparant les lieux de vie des deux parents. Il était tout aussi impossible de rétablir le *statu quo ante* comme l'ordre de retour devrait le faire d'après la Convention. Au lieu d'appliquer cette Convention, il convenait donc de s'en remettre aux autorités déjà saisies de la question d'une nouvelle attribution de la garde, en les invitant à résoudre « rapidement » le conflit positif de compétences qui oppose un *Amtsgericht* en Allemagne et une autorité de protection des enfants en Suisse, saisies chacun par l'un des parents (consid. 3.2).

Le Tribunal fédéral interrompt ce raisonnement et renvoie l'affaire au tribunal cantonal afin qu'il détermine « la » résidence habituelle de l'enfant et en tire les conséquences sur le sort de la requête de retour, au regard de la Convention de 1980 (consid. 5.3). Le Tribunal fédéral s'en tient à son idée fixe qu'il faut trouver une seule et unique résidence habituelle de l'enfant. Il ne se pose aucune question sur l'évolution probable du procès. L'enfant étant déjà scolarisée dans le canton de Vaud dès la rentrée 2017–2018, comment effectuer un retour en Allemagne auprès du père afin d'assurer le respect de son droit de garde dont on doit admettre qu'il a volé en éclats dès le moment où la scolarisation de l'enfant devait être mise en œuvre (en excluant l'hypothèse d'un enseignement privé géré aux deux lieux de vie de l'enfant) ? En fait, il fallait s'attendre à ce que l'enfant aura déjà fini son année scolaire au moment où le procès sur son enlèvement arrivera à son terme.

Essayons d'envisager la solution dans une hypothèse plus simple, dans laquelle la scolarisation n'est pas une issue, la garde alternée pouvant fonctionner de manière égalitaire au point que l'on ne pourra pas faire autrement que d'admettre deux résidences habituelles, par exemple d'un côté et de l'autre d'une frontière, permettant la mise en jeu de la Convention de 1980. Si l'un des parents interrompt l'échange en refusant de rendre l'enfant, la résidence habituelle de celui-ci se trouve auprès de ce même parent qui n'aura pas respecté la modalité de l'alternance de la garde, le non-re-

tour étant ainsi illicite en vertu de la Convention. Si ce parent persiste dans sa position, la Convention pourrait fonctionner jusqu'au moment du renvoi de l'enfant auprès de son autre parent de l'autre côté de la frontière. Cela serait tout simplement une mesure d'un intérêt limité, étant donné qu'en cas de maintien du régime convenu (ou ordonné par une décision de justice), l'enfant devrait revenir auprès du « ravisseur » en peu de temps, avec le risque que le différend se renouvelle. Le règlement au fond de la garde sera la seule issue réelle.

Si l'on prend l'hypothèse de l'affaire devant le Tribunal fédéral, les circonstances, principalement la scolarisation, sont telles que la garde alternée telle que convenue ne peut plus fonctionner. Le curateur de l'enfant le relevait d'ailleurs, en précisant qu'il ne pouvait en être autrement en Allemagne, où la scolarisation obligatoire débute à l'âge de six ans. En l'espèce, on peut songer à ce qu'en août 2017, lorsque la mère a refusé de rendre l'enfant à son père, le droit de garde alternée a été violé, le non-retour étant illicite. Or, il en était ainsi tant en vertu du droit suisse qu'au regard du droit allemand, étant donné que le régime de garde était, pour ces deux droits, le même. Le renvoi de l'affaire à l'instance cantonale afin qu'elle détermine « la » résidence habituelle de l'enfant ne sert donc aucun effet utile. Lorsque l'autorité cantonale aura tranché cette question, l'affaire pourrait revenir au Tribunal fédéral dans le même état. En effet, celui-ci n'a pas examiné quel sera, dans l'hypothèse d'une résidence unique, le sort de la requête en vertu de la Convention de 1980.

A partir de là, la situation devient un peu plus complexe du fait qu'après avoir constaté la violation d'un droit de déterminer le lieu de la résidence de l'enfant, il s'agira de savoir quel est le droit de garde (comprenant celui de décider du lieu de résidence) que la Convention de 1980 entend protéger. Le Tribunal cantonal a considéré qu'un tel droit n'existait plus dès le moment où la garde alternée n'était plus applicable *de facto*, mettant la Convention de 1980 hors fonction. Cela n'est pas aussi simple. Le Tribunal fédéral aurait déjà pu montrer le chemin au regard de l'accord sur la prise en charge alternée dont les époux sont convenus à l'issue d'une médiation le 12 avril 2015, stipulant que le régime adopté soit applicable « aussi longtemps que des contraintes factuelles (scolarisation/Kindergarten) n'imposent pas un changement de régime ». Ce texte permettrait la conclusion que l'accord est arrivé à son terme à la veille de la scolarisation de l'enfant. Dans une telle hypothèse, on retombe dans le régime légal. En l'espèce, il est rapporté que les époux, lors de leur comparution à l'audience de divorce devant le *Amtsgericht* en Allemagne, le 10 juillet 2015, ont déclaré désirer que l'autorité parentale sur leur fille demeure conjointe, les modalités étant celles convenues à travers l'accord de médiation. On doit donc pouvoir conclure que dès le moment où cet accord a épuisé ses effets, le régime légal de l'autorité parentale conjointe, prorogé lors du divorce, s'applique.

Cela marque une étape, mais sans rendre la solution pour autant plus simple. Certes, la mère, en refusant le retour de l'enfant auprès de son père, a violé le droit de ce dernier de décider du lieu de résidence de l'enfant. A première vue, la Convention

de 1980 s'applique. Encore faudrait-il savoir quelle sera la destination, et pour combien de temps, de l'enfant dont il s'agit « d'assurer le retour immédiat » (art. 1 lit. a). Car du fait de la défaillance de la convention de médiation, la résidence de l'enfant devrait être fixée par une nouvelle décision (ou, le cas échéant, par une décision antérieure, précédant la convention) des parents, prise en vertu de leur autorité parentale commune. Or, en l'espèce, une telle décision n'existe tout simplement pas. La résolution de ce problème est placée devant des autorités saisies afin de régler les questions de garde au fond, mais au moment de trancher du sort du litige s'appuyant sur la Convention de 1980, le « droit de garde » au sens de la Convention, comprenant le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant (art. 5 lit. a) n'a pas été exercé. Le juge saisi de la demande de retour ne peut se substituer aux parents ou au juge saisi de l'affaire au fond (art. 19). Tout au moins pourrait-on s'imaginer que la demande de retour soit traitée en tant que demande de régler un droit de visite (art. 5 lit. b).

Les demandes respectives des parents tendant, entre autres, à se faire reconnaître le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ont été déposées par le père le 18 mars 2017 en Allemagne et par la mère le 28 avril 2017 auprès du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne. Il semble que la question de la compétence n'a pas encore été tranchée par aucune des deux juridictions saisies. Dans son jugement du 24 novembre 2017, la Chambre des curatelles du Vaud avait enjoint ces juridictions à résoudre rapidement leur conflit positif de compétences (consid. 3.2). Le Tribunal fédéral relève dans l'état de fait que le père aurait produit une copie d'une curieuse décision du 30 octobre 2017 du *Oberlandesgericht Karlsruhe* estimant que la compétence des tribunaux allemands et du Tribunal de Lausanne « paraissait donnée ». A première vue, les deux juridictions se trouvent confrontées à la même question, celle de la résidence habituelle en cas de garde alternée ; on pourrait alors voir se développer deux procédures, aboutissant à deux décisions, le cas échéant incompatibles. Il faut cependant ajouter une nuance. Pour les juridictions statuant au fond, la ou les résidences habituelles de l'enfant ne sont pas celles du jour du dépôt de la demande (ou de l'enlèvement). Les circonstances telles qu'elles évoluent en cours de procédure peuvent également être prises en considération, en veillant toutefois à ce que l'un des parents ne puisse pas exercer une influence excessive par des faits accomplis hors le concours ou l'accord de l'autre parent. La Convention de La Haye de 1996 n'envisage pas l'hypothèse de deux résidences habituelles de l'enfant et elle ne connaît pas de règle de litispendance (sauf à l'art. 13, mais pour une autre situation).

Enlèvement illicite d'un enfant de 10 ans vers la Suisse – Retour de l'enfant ordonné puis révoqué après avoir recueilli une seconde fois son opinion

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 27 septembre 2017, 5A_666/2017

L'analyse et la pertinence de la volonté de l'enfant sont au cœur de cette affaire qui se décline en trois arrêts du Tribunal fédéral, dont on espère que le dernier fasse école, annonçant un changement dans la manière des Juges fédéraux d'apprécier l'expres-

sion de la volonté de l'enfant (cf., sur les deux premiers arrêts, SRIEL 2017 p. 233–236).

Peu après la naissance de leur garçon en 2006 en Suisse, les parents (non mariés) ont déménagé en Espagne, où ils ont vécu d'abord ensemble, puis séparés dès 2011. Au début de l'an 2016, profitant de l'absence du père, la mère est partie avec l'enfant pour s'établir en Suisse. Le père n'a pas tardé à réclamer le retour de l'enfant, ce qui fut ordonné par le Kantonsgericht de Lucerne le 23 juin 2016, puis confirmé par l'arrêt du 12 août 2016 du Tribunal fédéral (5A_513/2016). Le point critique était le refus d'être renvoyé en Espagne, exprimé par l'enfant dans une lettre du 1^{er} juillet 2016, peu de temps après avoir pris connaissance de l'arrêt cantonal. Dans son premier arrêt, le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière, s'agissant d'un *novum*, tout en développant par la suite un raisonnement qui tient compte de tous les éléments à ce moment pertinents pour en juger. Il a estimé que la lettre de l'enfant ne représentait pas une volonté autonome de l'enfant, mais l'expression de l'influence subie de la part de sa mère (consid. 3.1).

Dans son deuxième arrêt du 19 avril 2017 (5A_149/2017), provoqué par un recours du père dont la demande de retour avait cette fois été rejetée par le Kantonsgericht de Lucerne, le Tribunal fédéral devait reconnaître que la situation n'était pas aussi simple, et surtout, que le temps écoulé depuis le premier arrêt rendait nécessaire une nouvelle appréciation de la volonté de l'enfant. Le Tribunal fédéral relève que plus d'une demi-année avait passé depuis l'arrêt de renvoi, période qui a pu amener l'enfant à gagner en maturité et à consolider ses convictions. En l'état, malgré l'expertise versée au dossier, il n'y avait pas d'éléments suffisants pour trancher dans un sens ou un autre. Le dossier devait donc être renvoyé à l'autorité cantonale afin qu'elle procède à une « audition actualisée de l'enfant » (consid. 5.6).

La nouvelle audition a eu lieu le 3 mai 2017, entraînant l'approbation de la demande de la mère de revenir sur l'arrêt de renvoi du 23 juin 2016. La demande était fondée sur l'art. 13 al. 1 LF-EEA et elle avait pour seul objet le refus de l'enfant d'être renvoyé en Espagne. La disposition citée doit permettre un nouvel examen de la situation, ce qui suppose en règle générale qu'un certain temps ait passé entre la décision de renvoi et son exécution. Le moment à considérer n'est pas celui du jour du dépôt de la demande en modification de l'ordre de retour, mais la date du jugement. Cela signifie également que des lenteurs survenues depuis que le renvoi a été décidé, dues en l'espèce au refus de la police d'assister à l'exécution et au fonctionnement tardif du tribunal cantonal, ne comptent pas.

L'enfant déclarait qu'il avait une bonne relation avec sa mère, tandis qu'il n'avait au moment de l'audition aucune envie d'entrer en contact avec son père vivant en Espagne, ne serait-ce que par téléphone. Les quelques contacts qu'il avait eus avec son père lui causaient du « stress », au point qu'il ne souhaitait pas revoir son père et ne pouvait s'imaginer retourner en Espagne. Il voulait vivre en Suisse et refuserait un retour en Espagne. L'arrêt cantonal notait également que l'enfant se montrait calme

et concentré lors de l'audition ; il réfléchissait avant de répondre, s'exprimant alors de manière concrète et sur un ton clair et déterminé. A la suite de l'audition, plusieurs tentatives d'organiser une rencontre de l'enfant avec son père ont échoué en raison du refus de l'enfant de vouloir revoir son père, tout au moins tant que celui-ci maintenait sa demande de retour. Ses nombreux essais expliquent le fait que le *Kantonsgericht* n'a finalement rendu son arrêt que le 18 août 2017 (consid. 3).

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord au recourant que le contenu de l'audition de l'enfant avait pour but d'établir l'état de fait pertinent pour juger de la demande en modification. Pour y revenir, il faudrait qu'un grief d'arbitraire soit soulevé et non de simples critiques appellatoires. Le Tribunal fédéral ne voyait pas d'arbitraire dans le fait que le tribunal cantonal avait reconnu la volonté de l'enfant de vouloir rester en Suisse après y avoir vécu pendant presque deux ans et qu'il avait ainsi résolu le conflit de loyauté – qui existait sans doute à l'origine – en ce sens qu'il orientait dorénavant sa vie en fonction de l'environnement dans lequel il vivait depuis un certain temps et sans interruption. L'arrêt note également que l'on doit s'attendre à ce que l'enfant vivant avec son ravisseur en Suisse recueille des informations sur la procédure en cours dont il constitue le noyau. Un garçon âgé désormais de 11 ans est sans doute influencé par les conditions de sa vie actuelle dont fait partie le fait de vivre avec sa mère qui est naturellement amenée à laisser transparaître sa position dans le conflit qui l'oppose au père de l'enfant. La limite à considérer était de savoir si le parent dont l'enfant est le plus proche procède à une véritable manipulation de la volonté de l'enfant, auquel cas celle-ci ne peut plus être attribuée à l'enfant lui-même. Le tribunal cantonal avait constaté que tel n'était pas le cas ; il n'y avait aucun arbitraire dans cette appréciation de la preuve du refus de l'enfant (consid. 4).

L'arrêt en tire la conclusion que le point central de l'art. 13 al. 2 de la Convention était réalisé en l'espèce, à savoir un refus clairement manifesté sur le fondement d'une volonté formée de manière autonome (consid. 5). Celle-ci n'exclut pas qu'elle soit détachée d'influences extérieures, mais elle ne doit pas être fondée sur une manipulation ou un endoctrinement, étant donné qu'une volonté ainsi influencée ne peut plus être rattachée à l'enfant, car elle consiste simplement en une volonté appartenant à la personne sous la domination de laquelle l'enfant se trouve placé. L'arrêt précise que c'est ainsi qu'il fallait comprendre la jurisprudence exigeant que l'opposition soit exprimée fermement (« gewissen Nachdruck ») et motivée de manière plausible (« nachvollziehbare Gründe »). Ces conditions étaient remplies en l'espèce, le garçon montrant sa maturité et donnant l'impression de s'exprimer de façon réfléchie. Il avait expliqué sa position de manière constante, lors de l'audition et à travers son attitude vis-à-vis de son père. Il était également capable d'évaluer ce qu'un retour en Espagne devait représenter dans sa vie, ce d'autant qu'il connaissait bien les conditions de vie et l'état des écoles en Espagne, étant donné qu'il y avait déjà vécu pendant neuf ans.

Ces observations plus juridiques appellent deux catégories de commentaires. Bien que l'arrêt prenne soin de rappeler sa jurisprudence comme s'il s'agissait simplement de la confirmer, des différences apparaissent que l'on salue, mais en espérant qu'elles soient confirmées dans la pratique future. Le progrès qu'il convient de mettre en exergue est la reconnaissance d'une volonté autonome de l'enfant ; il n'y a pas si longtemps, il était dit que l'on ne saurait songer à ce que l'enfant dise ; autre chose que de vouloir rester avec son ravisseur avec lequel il partage sa vie, évacuant ainsi toute idée d'une volonté propre à l'enfant (ATF 131 III 334 ss, 342 s. ; 133 III 146 ss, 151 s. ; ATF du 25 mars 2015, 5A_51/2015, consid. 6.2, SRIEL 2016 p. 446). L'exigence que l'enfant doit comprendre que le litige porte uniquement sur le retour à la suite d'un enlèvement et non sur le droit de garde a été répétée d'arrêt en arrêt, alors qu'elle dépasse de loin le niveau de connaissance que l'on peut attendre d'un enfant (ATF 131 III 342 ; 133 III 149-151 ; 134 III 88 ss, 91 ; et, en dernier lieu, ATF du 19 mai 2017, 5A_305/2017, consid. 7.2). Le présent arrêt se place à un niveau plus élémentaire, constatant simplement que le garçon sait bien ce qu'un retour en Espagne signifie pour lui au plan scolaire et pour la vie en général, mais il ne fait aucune mention du fait que ce retour ne serait qu'une étape, avant que la question de la garde ne soit définitivement tranchée. Le Tribunal fédéral accepte de considérer que l'enfant vit avec sa mère et entend continuer à vivre auprès d'elle, tandis qu'il refuse de retourner vivre avec son père en Espagne. Il a résolu le conflit de loyauté qui le touche, étant noté qu'il serait illusoire de croire à une volonté formée de manière complètement indépendante de toute influence extérieure. On relève également qu'en vérifiant s'il existe de la part de l'enfant une opposition exprimée avec fermeté, il n'est pas exigé que celle-ci soit assortie de signes d'émotion ou de manifestations extérieures de mécontentement. Il faut en effet éviter de traiter plus sévèrement des enfants moins expressifs, voire timides.

Une autre remarque tend à apporter une nuance au sujet d'un cas de manipulation de la volonté. Certes, on admettra qu'il n'y a pas de volonté autonome lorsque, en suivant les termes de l'arrêt, l'enfant ne fait que « transporter » la volonté d'une autre personne (qu'il s'agisse du ravisseur ou d'un tiers). Dans un arrêt du 2 février 2016 (Case of N.T.S. and Others v. Georgia, n° 71776/12), la Cour européenne des droits de l'homme a noté que, dans le cas particulier, il était certes dans l'intérêt des enfants (trois garçons dont la mère était décédée) d'être réunis avec leur père, mais qu'il fallait également tenir compte de l'influence hostile de la famille maternelle à l'égard du père. En acceptant que cette influence fût négative pour les enfants et relevait de la manipulation, la Cour a néanmoins constaté qu'en cas de retour, l'attitude hostile des enfants à l'égard de leur père représentait un danger potentiel à leur santé psychique et qu'il fallait donc tenir compte de leur refus afin de protéger leur intérêt supérieur (n° 81–84). Le seul fait de la manipulation n'est donc pas toujours décisif, même s'il l'est dans beaucoup de cas. Le point essentiel est le fondement et l'assimilation de la volonté dans la raison de la personne, dont on suppose au préalable qu'elle soit capable

de discernement. Dès lors que celle-ci est véritablement convaincue de ce qu'elle dit, la volonté qu'elle exprime est fondée en elle-même. Elle habite la personne et n'est plus la simple reproduction de la volonté d'une autre personne ou le résultat de circonstances externes ayant pour effet de commander directement la volonté. Cela signifie également qu'au cas où cette volonté n'est pas respectée, par des tiers ou par le juge, la personne se sent atteinte.

Enlèvement illicite d'enfant – Convention de La Haye de 1980 – L'examen de la demande de retour est régi par la maxime d'office – Enfant réfugié dont la résidence habituelle est incertaine – Renvoi à l'autorité cantonale afin qu'elle détermine cette résidence et les détenteurs de l'autorité parentale

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 11 octobre 2017, 5A_655/2017

L'arrêt pose un principe de grande importance qui pourra, s'il était confirmé dans la jurisprudence, influencer sensiblement la pratique suisse du traitement des cas d'enlèvement d'enfants. Dorénavant, dans l'application de la Convention de 1980, la « maxime inquisitoire illimitée » au sens de l'art. 296 al. 1 CPC est applicable. En vertu de ce principe, dit l'arrêt, « le juge a l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires » (consid. 5.2). La maxime inquisitoire est cependant relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties de collaborer, comprenant notamment leur obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués. Par ailleurs, les parties ne sont pas libérées du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, il incombe à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse.

On se montrera moins impressionné par le raisonnement ayant abouti à l'alinéa 1 de l'art. 296 CPC, ainsi que, par extension, à l'alinéa 3 selon lequel le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties. Même pour un débutant, l'erreur dans la compréhension de la Convention de 1980 saute aux yeux : celle-ci, dit l'arrêt, « ne régit pas le droit applicable à la procédure prévue par la CLaH80 » – en laissant de côté une syntaxe fragile, on sait bien que la Convention contient un grand nombre de règles de procédure. Le Tribunal fédéral croit savoir que la Convention « a uniquement pour objet d'examiner les conditions auxquelles est subordonné le retour de l'enfant », comme si cela indiquait qu'elle n'en règle pas la procédure. L'arrêt explique encore qu'à son art. 3 al. 1 lit. a « la CLaH80 règle la question du droit applicable pour déterminer le titulaire du droit de garde », sans observer que cela ne vaut que pour l'hypothèse d'un enlèvement, préservant entièrement l'art. 16 de la Convention de La Haye de 1996. Le Tribunal fédéral se tourne alors, « à défaut de réglementation dans la CLaH80 », vers le droit national pour trouver le droit applicable à la procédure. N'ayant rien vu dans la LDIP, il conclut que « les autorités judiciaires suisses

saisies appliquent le droit de procédure suisse », à savoir le CPC. On sait bien que le Tribunal fédéral a peu d'estime pour la LF-EEA, mais de là à ignorer son existence alors que la plupart de ses dispositions règlent la procédure, c'est tout de même montrer la Justice aux yeux bandés sous un angle déplorable. Bref, l'arrêt aboutit par ce biais à l'art. 296 CPC, ce que l'on saluera quant à ses effets pour les procédures d'enlèvement. On bottera en touche le fait que le CPC refuse de s'appliquer en pareil cas, réservant l'application des dispositions de la LF-EEA (art. 302 al. 2) et la LDIP pour toute cause de nature internationale (art. 2).

On se bornera donc à saluer simplement la consécration de la maxime inquisitoire, oubliant le chemin parcouru afin d'arriver au but. Cette maxime régira l'application de toutes les dispositions de la Convention de 1980. On songe en premier lieu aux motifs d'opposition de l'art. 13, mais il ne faut pas sous-estimer l'impact du devoir du juge d'établir à sa propre initiative les faits déterminants pour constater l'illégalité de l'enlèvement et le fait que le parent demandant le retour de l'enfant a effectivement exercé son droit de garde (art. 3). La maxime d'office renforce également l'obligation du tribunal saisi de la demande de recueillir les informations pertinentes de la part des autorités du pays de provenance de l'enfant, comme l'exigent et la Convention (art. 13–15) et la LF-EEA (art. 10).

Les maximes inquisitoire et d'office sont convaincantes dans toute procédure impliquant un enfant qui ne peut avancer lui-même les faits et arguments en faveur de la protection de ses intérêts. Au cas où le recours, tout de même abrupte, à l'art. 296 CPC devait soulever des doutes – légitimes – on rappellera que l'interprétation de la Convention de 1980 au regard de l'intérêt et du bien de l'enfant autorise la même conclusion. L'intérêt de l'enfant est le guide dans l'application de la Convention, renforcé par ailleurs par l'art. 3 de la Convention sur les droits de l'enfant. Le tribunal saisi d'une demande de retour ne peut avoir une vue complète sur la situation de l'enfant en étant enfermé dans des règles étroites sur la charge de la preuve, notamment si l'on songe à la maxime de disposition et à l'idée absurde qui semble s'éloigner progressivement de la jurisprudence, qui avait estimé que le parent ravisseur était dépourvu de l'aptitude à faire valoir le bien de l'enfant alors qu'il est à l'origine du tort commis à travers son enlèvement. Ici et de manière générale, l'enfant ne doit pas souffrir du comportement, même critiquable, de ses parents.

L'arrêt ayant posé le principe, il l'applique à une situation d'une rare complexité dont la maîtrise n'est pas certaine. L'autorité cantonale avait conclu que les parents n'étaient pas mariés et qu'eu égard à l'autorité parentale et la garde exclusives de la mère qui est venue avec l'enfant en Suisse, il n'y avait pas lieu d'établir la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement en Suisse ni le contenu du droit applicable pour déterminer la titularité de l'autorité parentale et de la garde sur l'enfant. Le Tribunal fédéral n'en est pas convaincu et renvoie la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle commence par établir la résidence habituelle, puis le contenu du droit étrang-

er applicable, avant d'examiner l'éventuelle réalisation de l'une des exceptions de l'art. 13 de la Convention.

Or, déterminer la résidence habituelle, tout comme le droit applicable, était inutile, le statut de l'enfant étant connu de toute manière sous la seule réserve de la question de la validité du mariage des parents.

En l'espèce, l'enfant avait vécu les premiers six mois de sa vie en Grèce, avant de partir avec ses parents en Finlande où une demande d'asile fut déposée, puis refusée après quelque mois (entre six et onze mois selon l'état de fait de l'arrêt fédéral qui ne révèle pas la date de naissance de l'enfant). Après cet échec, la famille a fait un bref séjour en Suède, au terme duquel elle s'est déplacée en Norvège, où le père l'a quittée le jour même de leur arrivée. Le 26 août 2016, la mère s'est rendue en avion avec son fils en Suisse où elle a déposé une demande d'asile. Le père a requis le retour de l'enfant le 5 juillet 2017, soit dans le délai d'un an de l'art. 12 al. 1 CLaH80. Depuis son départ en Norvège, le père n'a plus eu de contact avec son enfant. La précision de l'arrêt constatant que l'enfant était âgé de deux ans semble indiquer que l'enfant n'avait guère plus qu'un an lors de son arrivée en Suisse et qu'en conséquence, son séjour en Norvège était de courte durée, insuffisant pour se constituer une résidence habituelle. Le Tribunal fédéral n'a pas voulu aller aussi loin, se bornant à constater qu'avant son déplacement en Suisse, l'enfant résidait dans l'un des quatre Etats mentionnés (consid. 3). Même sans identifier la résidence habituelle dans le cas particulier, l'observation est inexacte. « Immédiatement avant le déplacement », avant le 26 août 2016, l'enfant ne pouvait plus avoir de résidence habituelle ni en Grèce (ayant quitté ce pays six mois après sa naissance), ni en Finlande (compte tenu du refus de l'asile et du départ du pays). La famille étant ensuite en cavale en Suède et en Norvège (sans le père), il n'y avait pas d'acquisition de résidence habituelle dans ces pays non plus. Cependant, même si l'on voulait procéder au tour de force de fixer à l'enfant une résidence, quel est l'intérêt ?

Si la résidence habituelle était indispensable pour déterminer la loi applicable à l'autorité parentale avant l'enlèvement et connaître son contenu, l'effort est inutile. Parmi les Etats ciblés afin d'y situer la résidence de l'enfant, le Règlement Bruxelles II^{bis} est applicable. Selon ce texte, la Convention de La Haye de 1996 régit la loi applicable à la détermination *ex lege* de l'autorité parentale (art. 61 et 62). On arrive ainsi à son art. 16 qui est également décisif en Suisse, partie à la Convention. L'autorité parentale résulte de la loi de la résidence habituelle de l'enfant ; une fois acquise elle le reste même dans l'hypothèse d'un déplacement ultérieur du lieu de résidence de l'enfant. Cela signifie en l'espèce qu'il convient de se référer au droit grec, étant donné que les premiers six mois de sa vie ont permis à l'enfant d'y acquérir une résidence habituelle. Après son départ de ce pays, l'autorité parentale de l'un ou des deux parents ne pouvait plus disparaître lors d'un séjour dans l'un des autres pays concernés par le présent cas. Il est donc sans intérêt de se demander si l'enfant a acquis une résidence habituelle ultérieurement en Europe.

Or, pour reconnaître l'autorité parentale du père et en déduire un cas d'illicéité selon la Convention, encore fallait-il savoir si les parents étaient mariés. Sur ce point, l'autorité cantonale reçoit sa seconde réprimande, pour ne pas avoir recherché avec le zèle commandé par la maxime inquisitoire si les parents étaient véritablement mariés. Ce « mariage » était particulier, comme on ne les voit pas souvent : conclu à l'Ambassade de l'Afghanistan à Sofia par un homme afghan et une femme ayant quitté son pays d'origine, l'Iran (pour se réfugier en Grèce), et attesté par une pièce intitulée « certificat de mariage » comportant les mentions usuelles. Outre ce document, le père avait encore produit l'acte de naissance de l'enfant, sur lequel figuraient l'identité des deux parents, la mention du changement de nom de la mère, mais aucune indication relative à une éventuelle reconnaissance par le père de l'enfant. Le Tribunal fédéral en déduit qu'il « résulte de ces pièces que le recourant a apporté la preuve de l'existence d'un mariage des parents, présumé valable » (consid. 5.4). C'est le premier pas.

Le second pas consiste à constater que la procédure devant l'instance cantonale n'avait pas laissé surgir de doutes sérieux quant à la validité du mariage ; or, il avait été noté que le conseil grec du père indiquait que « rien au dossier ne permet de dire que le mariage consulaire est valable ». Le Tribunal fédéral reproche à l'autorité cantonale deux erreurs dont on reconnaît aisément qu'elles n'ont pas été commises. L'acte de naissance indiquerait que les parents étaient considérés comme formant un couple marié. L'arrêt cantonal ne dit pas cela, mais simplement que l'identité des deux parents figurait sur cet acte. La conclusion est inexacte de toute manière, étant donné qu'un acte de naissance n'a pas pour objet de faire preuve du mariage des parents. L'autorité cantonale aurait également soulevé le grief, à tort, que le mariage consulaire ne se rapportait qu'à la nationalité de l'un des époux. C'est dire, de manière un peu floue, que l'on ne trouvait aucune référence à la nationalité iranienne de l'épouse. On comprend aisément que cela veut dire, pour le Tribunal cantonal, que la validité du mariage n'était pas établie du fait qu'il manquait la confirmation selon la loi nationale de l'un des époux. En bref, le Tribunal fédéral juge mal de la nature et de la pertinence des pièces produites et de leur analyse par l'autorité cantonale, mais il n'établit pas pour autant la validité du mariage (consid. 5.4). Or, c'est pourtant sur cette affirmation qu'il se fonde pour renvoyer l'affaire, exigeant que « la licéité du déplacement de l'enfant en Suisse [doive] être examinée en prenant en considération le mariage des parents de l'enfant » (consid. 5.5). L'autorité inférieure est instruite d'établir « les faits en relation avec la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement en Suisse, le contenu du droit applicable et, le cas échéant, l'éventuelle réalisation de l'une des exceptions de l'art. 13 al. 1 et 2 CLaH80 ». Ce faisant, l'autorité cantonale statuera également sur « l'ordre de retour de l'enfant mineur C. en Grèce » (consid. 5.6).

L'instruction donnée à l'autorité cantonale est erronée sur plusieurs points. En premier lieu, le Tribunal fédéral n'a pas dit de la validité du mariage davantage que de constater que celui-ci était « présumé valable » (sans dire selon quel droit). Le Tribunal fédéral se déclare « juge du droit », mais il n'a point examiné la validité du ma-

riage sous l'angle du droit international privé grec. Celle-ci n'est pas évidente, car il faut d'abord connaître la position de la Grèce par rapport aux mariages consulaires étrangers et vérifier la reconnaissance du mariage dans le pays national de la femme. Il semble bien évident qu'un mariage consulaire afghan n'a tenu aucun compte du droit iranien et que le certificat ne sert certainement pas à en attester la validité en vertu de ce droit. Par ailleurs, exiger la production d'un certificat iranien de la part de la femme apparaît choquant au regard de sa demande d'asile et de l'attente d'être reconnue comme réfugiée, que ce soit en Grèce ou en Suisse. Tout aussi déraisonnable est la suggestion faite à la femme de produire une copie de son éventuelle action en annulation de mariage si elle estimait devoir en contester la validité ; devant quel for aurait-elle pu introduire une telle action ? En Iran, en Afghanistan, ou en Grèce, alors que l'on ne sait pas si le mariage y était reconnu ?

En second lieu, enjoindre à l'autorité cantonale d'établir le contenu du droit applicable est inutile, car il suffit au Tribunal fédéral, « juge du droit », d'observer les règles de conflit des Etats concernés qui mènent tous au droit grec, acceptant l'autorité parentale conjointe uniquement en cas de parents mariés.

En troisième lieu, l'état de fait était suffisamment clair pour trancher la question de la résidence habituelle, respectivement pour comprendre qu'elle pouvait rester ouverte. Le Tribunal fédéral semble pencher pour la Grèce ; l'autorité cantonale avait également envisagé l'hypothèse de la Finlande, avant de conclure que la question était sans intérêt du fait que les droits grec et finlandais désignaient les deux la mère, non mariée, en tant que détentrice exclusive de l'autorité parentale (consid. 4). La même question reste encore sans intérêt sous l'injonction du Tribunal fédéral à reconnaître la validité du mariage. Car les droits finlandais et grecs acceptent alors le principe de l'autorité parentale conjointe. Cependant, dans les deux hypothèses, aucun de ces droits ne peut s'appliquer, car l'enfant a abandonné sa résidence habituelle en Grèce, ainsi que celle – hypothétique – en Finlande. Il n'en a pas acquis d'autre depuis lors (en Suède, en Norvège ou en Grèce), si bien qu'il n'existe tout simplement pas de résidence habituelle « immédiatement avant le déplacement de l'enfant ». Au demeurant, même si l'on voulait imaginer qu'il existe une telle résidence, afin de faire fonctionner le mécanisme de la Convention de 1980, il faudrait ensuite se poser la question de savoir si le père pouvait réclamer le retour en Grèce, dans un pays où l'enfant n'avait pas sa dernière résidence. Cela est loin d'être évident car la décision fondée sur la Convention ne doit pas produire d'effet au sujet de la garde et du droit de la mère de décider du lieu de résidence de l'enfant (art. 19) ; or, on passerait outre au droit de ce parent si l'enfant était renvoyé en Grèce sans son accord et sur simple demande du père. En fin de compte, le procès sur l'enlèvement ne trouvera pas d'issue et devra laisser place à une instance judiciaire tranchant la question de la garde au fond, au lieu de la résidence habituelle de l'enfant en Suisse.

Au lieu de renvoyer le dossier afin que l'autorité cantonale s'exerce dans la mise en jeu de la maxime inquisitoire, le Tribunal fédéral aurait pu s'en inspirer lui-même et

mettre fin au procès. L'état de fait rapporte la présence au dossier d'un permis de séjour en Grèce en qualité de réfugié pour une période de trois ans, du 5 mars 2017 au 4 mars 2020, ainsi que le fait que la mère était dans l'attente de se faire délivrer un document similaire. Il n'y a pas de raison de ne pas comprendre ce document autrement que par ce qu'il dit, à savoir que l'enfant dispose de la qualité de réfugié au sens de la Convention de Genève de 1951. Son statut personnel est ainsi régi exclusivement par le droit suisse (art. 12 al. 1), excluant toute hypothèse où il serait donné effet à une autorité parentale relevant d'un autre droit. La Convention de Genève l'emporte sur la Convention de La Haye de 1980 (ATF 130 III 410 ss, 415).

IV. Arrêts en bref

Mariage – Action en annulation – Epoux mineur devenu majeur durant la procédure – Volonté de l'époux mineur d'accepter son statut – Enfant né dans le mariage qui dure depuis plus de deux ans – Rejet de l'action

Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du Vaud – 30 septembre 2016, JdT 165 (2017) III p. 15

L'action en annulation des mariages forcés a été prônée par le monde politique comme un moyen efficace et dissuasif pour combattre les mariages forcés ou d'enfants qui sont pratiquement toujours conclus à l'étranger, en l'espèce au Kosovo. En réalité, de telles actions sont extrêmement rares et elles n'aboutissent quasiment jamais. Preuve en est la statistique fédérale des divorces et déclarations de nullité de mariage qui révèle un nombre d'annulations variant entre 16 et 23 pour les années 2010 à 2016 (Office fédéral de la statistique, Catalogue et banques de données, Divorces, séparations de corps et annulations de mariages, de 1970 à 2016, je-f-01.06.02.01.01) ; aucun effet significatif, voire aucun effet du tout, ne peut être constaté au regard de ces chiffres depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le 1^{er} juillet 2013. Au regard des quelques centaines de mariages forcés conclus par des couples vivant en Suisse par an, les cas d'annulation recensés représentent un nombre minime, sachant par ailleurs que la plupart de ces actions portent sur des cas de fraude en matière de nationalité ou de permis de séjour. L'échec de la nouvelle législation est manifeste, autant qu'il était prévisible. Le cas particulier représente la situation la plus fréquente dans laquelle la vie commune se développe, pour un certain temps tout au moins, comprenant en l'espèce la naissance d'un enfant, ce qui rend l'idée d'annuler le mariage bien aléatoire. Aux termes de l'art. 105 ch. 6 CC, le mariage doit être annulé lorsque l'un des époux est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage. Le point critique était en l'espèce de savoir si le fait que l'épouse est devenue majeure durant la procédure devait avoir pour effet le rejet de l'action. A quel moment faut-il apprécier la condition que « l'un des époux est mineur » ? Si ce moment était le jour du jugement, il suffirait de laisser se prolonger la procédure jusqu'à l'âge de 18 ans de cet époux, mettant fin à l'action. Cela aurait pour effet de

réduire la protection à laquelle sert ce motif d'annulation à très peu de chose. L'arrêt conclut dès lors que le moment déterminant pour connaître l'âge de la personne impliquée est l'introduction de l'action. Il est vrai qu'au jour où les deux époux ont atteint l'âge de 18 ans, l'annulation n'a pas de sens sachant que les époux peuvent aussitôt se marier valablement. Des motifs relevant de l'intérêt public n'ont pas de place dans un tel procès. La volonté de l'époux mineur est décisive. Dans l'affaire ici évoquée, l'intimée a affirmé à plusieurs reprises en cours de procédure vouloir maintenir les liens du mariage dont était issu un enfant. On ne saurait donc lui imputer de l'extérieur un intérêt supérieur, animé par une idée de protection contre les mariages d'enfants, en brisant sa propre volonté.

Protection de l'adulte – Convention de La Haye de 2000 – Personne malade ayant déménagé en Tchéquie mais menant une vie instable, comprenant de fréquents retours en Suisse – Résidence habituelle conservée en Suisse – Compétence suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 juin 2017, 5A_68/2017

L'homme était malade psychiquement et visiblement déstabilisé. En 2008, il était parti en Bulgarie pour s'y établir, sans succès. En mai 2016, il a retiré ses papiers à Winterthur et déclarait avoir loué un appartement en Tchéquie. La famille (l'ex-épouse et ses filles) rapportait cependant qu'il faisait de fréquents retours en Suisse, notamment pour se faire soigner. Il demandait que la curatelle de représentation qui avait été instituée soit levée, mais quelques jours plus tard, il retirait sa demande. Cependant, lorsque l'autorité de protection des adultes confirmait la mesure, il s'y opposait, jusque devant le Tribunal fédéral. La question de la résidence habituelle est au centre de l'examen de l'arrêt (art. 5 ; consid. 2.3). Il fut constaté que le requérant partageait sa vie à parts égales entre la Tchéquie et la Suisse. En Tchéquie, on ne pouvait constater de démarches en vue d'une intégration dans la vie locale. En revanche, le requérant retournait souvent en Suisse pour s'y faire soigner et solliciter l'aide de sa famille. Il fallait en conclure que sa résidence habituelle était restée en Suisse. La question de savoir si la compétence suisse fondée sur la nationalité (art. 7) pouvait être retenue, le cas échéant, ne se posait donc pas. L'arrêt ressemble à bien des égards à celui rendu le 23 mai 2017 (5A_151/2017, ATF 143 III 237, SRIEL 2017 p. 229), avec la différence que la Tchéquie est partie à la Convention de La Haye, ce qui n'est pas le cas de l'Espagne.

Divorce – Procédure initiée par l'épouse à Paris – Mesures provisionnelles demandées en Suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 mars 2018, 5A_910/2017

Les mesures requises en Suisse portaient principalement sur l'attribution de la jouissance de la résidence secondaire des époux, bien propre de l'époux. Le divorce n'ayant pas été demandé en Suisse, la compétence pour ordonner des mesures provisoires par un tribunal suisse non compétent pour connaître du fond se trouve au lieu d'exécution en vertu de l'art. 10 lit. b LDIP. Cette disposition ayant été révisée, le Tribunal

fédéral rappelle que les cas énumérés sous l'empire de l'ancien art. 10 restent valables. Il s'agit d'assurer une protection immédiate et sans lacune, ce qui suppose que les mesures requises soient urgentes et nécessaires. La compétence suisse est ainsi admise lorsque le tribunal étranger saisi de l'action en divorce ne connaît pas une mesure appropriée ou que les mesures qu'il prendrait ne pourraient être exécutées en Suisse ou garantir une exécution future sur des biens en Suisse. Sont également réservés les cas du péril en la demeure et l'hypothèse dans laquelle on ne saurait espérer que le tribunal étranger prendra une décision dans un délai convenable (consid. 4.2). En l'espèce, aucune de ces conditions n'était remplie. L'épouse faisait valoir en vain que l'attribution du logement suisse était indispensable compte tenu de la situation financière du couple et qu'elle n'était pas en mesure de saisir l'autorité française compétente de sa requête (consid. 4.3).

Divorce devant le Grand Rabbin de Genève – Divorce reconnu en Israël, Etat national – Action en constatation de l'état civil – Rejet en l'absence de décision d'un tribunal civil

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 29 mai 2017, 5A_55/2017

En Suisse, seul un jugement de divorce émanant d'un tribunal civil est reconnu comme valable. L'action de la femme tendant à faire constater que le mariage était dissous par le divorce devait donc échouer. La Cour cantonale vaudoise avait encore examiné l'art. 65 al. 1 LDIP, la demanderesse suggérant que le divorce aurait été prononcé par une autorité religieuse étrangère et que sa reconnaissance dans l'Etat national des époux devait entraîner sa reconnaissance en Suisse (consid. 3.1.1). L'argument était irrecevable du simple fait que l'enregistrement du divorce dans le registre d'état civil était demandé. Si l'on voulait transformer la requête en visant la reconnaissance d'une décision étrangère, celle-ci serait sans objet étant donné que l'autorité religieuse officiant en Suisse n'a pas produit une telle décision. Quant à savoir si la procédure rabbinique ne s'est pas en partie déroulée à l'étranger, entraînant sa reconnaissance en Israël, le Tribunal fédéral se borne à constater qu'aucun élément constatant que tel soit le cas n'a été apporté (consid. 3.1.2.1). Les craintes que l'épouse faisait valoir du fait d'une contradiction entre un futur jugement suisse de divorce et le divorce rabbinique, reconnu à l'étranger, ne pouvaient convaincre. Si un tel risque devait exister, il est le fait des époux, s'étant adressés à l'autorité rabbinique en Suisse. Par ailleurs, un jugement suisse devrait être rendu de toute façon, étant donné que le prononcé rabbinique n'a réglé aucun effet accessoire du divorce. On notera néanmoins que des cas peuvent se présenter qui requièrent une approche plus nuancée, comme l'avait déjà suggéré le Conseil fédéral (FF 1983 I p. 332; Commentaire romand, LDIP, art. 44 n° 37 s., 59 n° 17 s.).

Avis aux débiteurs – Reconnaissance d'un jugement croate de paternité et d'entretien – Citation régulière du défendeur – Absence d'expertise ADN – Aliments remontant à la naissance – Ordre public suisse non violé

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 novembre 2017, 5A_230/2017

L'acte introductif d'instance lui ayant été notifié, le recourant ne saurait être suivi dans son grief d'avoir été jugé par défaut (consid. 3.2). Le père s'étant abstenu de se présenter à une expertise ADN en Croatie, on ne saurait non plus opposer l'ordre public suisse en arguant que le tribunal croate s'en serait remis à sa liberté dans l'appréciation des preuves, étant noté qu'il ne s'était pas fondé uniquement sur les déclarations de la mère (consid. 4). La différence des régimes juridiques s'agissant des délais de péremption à observer en matière de paternité et d'entretien ne heurte pas l'ordre public suisse (consid. 5). L'applicabilité de la Convention de Lugano n'est pas examinée (art. 63 al. 2 CL).

Adoption conjointe prononcée au Mali – Parents réunis dans un mariage polygame – Fraude à la loi – Ordre public suisse non violé si la reconnaissance porte sur une adoption par une personne seule

Tribunal administratif du canton de Bâle-Ville – 12 janvier 2016, BJM 2017 p. 103

La mère de l'enfant était partie au Mali avec l'intention d'y adopter un enfant, ce qui s'est révélé possible uniquement sous la forme d'une adoption conjointe par un couple marié. Elle a alors épousé un homme vivant déjà avec deux épouses. L'intention n'était pas d'entamer une vie conjugale mais de parvenir à l'adoption d'un enfant, ce qui fut fait par décision de la Cour d'appel de Bamako le 10 avril 2014, lorsque l'enfant, alors abandonné, avait bientôt deux ans. Il se posait ensuite la question de la reconnaissance en Suisse en tant qu'adoption faite conjointement par un couple réuni par un mariage polygame. L'arrêt note tout d'abord que la fraude consistant dans le fait d'avoir contourné le droit suisse peut constituer une violation de l'ordre public suisse. La recourante avait à l'origine envisagé une adoption simple et ce n'est qu'au moment où elle comprenait que seule une adoption conjointe était possible qu'elle s'était décidée à épouser un homme de soixante ans déjà marié deux fois, qu'elle connaissait depuis quelques années. Il était clair que le but n'était pas le mariage mais de parvenir à une adoption. Cependant, malgré le cas de fraude, l'adoption ne pouvait heurter le sentiment suisse du droit dès lors que la mère adoptive s'était occupée de l'enfant depuis avril 2014 et qu'aucun doute n'était permis quant à son aptitude à assurer son éducation. Si l'adoption n'était pas reconnue, l'enfant aurait dû retourner au Mali ce qui était incompatible avec ses intérêts. L'adoption ne pouvait donc heurter l'ordre public suisse, tout au moins au moment du jugement. En revanche, autant que le mariage polygame ne pouvait être reconnu, il était impossible de reconnaître l'adoption conjointe engageant également le mari qui n'avait jamais établi un lien vivant avec l'enfant. L'adoption fut donc reconnue en tant qu'adoption par la mère seule. L'arrêt cantonal constate que les conditions de l'art. 78 LDIP n'étaient plus controversées. Le Tribunal fédéral, qui avait été saisi par la suite au sujet du montant des frais et dépens, résumait cet arrêt, observant que le mariage devait servir à l'acquisition de la nationalité malienne par la mère, afin d'assurer la reconnaissance de l'adoption en Suisse (ATF du 7 juin 2016, 5A_155/2016). Sur ce point, le mariage

polygame, en soit non reconnu en Suisse, produisait un effet induit en Suisse, car sans ce mariage, l'adoption n'aurait pas pu être reconnue même en tant qu'adoption simple.

Déplacement de la résidence habituelle de l'enfant vers l'Italie – Convention de La Haye de 1996 – Non-respect du droit du père à participer à cette décision – Enlèvement illicite – Compétence suisse conservée du fait de cet enlèvement

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 17 octobre 2017, 5A_634/2017

Le 18 novembre 2015, la mère a requis l'autorisation de déménager avec l'enfant commun né en 2010 en Italie. Les parents partageant l'autorité parentale, le père s'y est opposé et a aussitôt demandé la garde conjointe. En février 2016, la mère est partie avec l'enfant, provoquant une demande d'attribution de la garde exclusive de la part du père. L'Italie étant partie à la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, la compétence des autorités suisses devait cesser dès l'établissement de la résidence habituelle de l'enfant en Italie (art. 5). Cependant, une réserve est consacrée dans l'hypothèse d'un enlèvement illicite afin d'empêcher un parent d'échapper à la compétence ordinaire par un acte non conforme au régime d'autorité parentale applicable en l'espèce (art. 7). Tel fut le cas de la mère, partie en Italie avant que la décision l'y autorisant, prise par l'autorité de protection des enfants dans le canton du Tessin le 15 février 2016, soit devenue exécutoire. Au fond, le litige s'est terminé par la confirmation du droit de la mère de déplacer la résidence de l'enfant en Italie en vertu de l'art. 301a CC et le règlement des relations personnelles avec le père. La situation est différente si la décision acceptant le déménagement est immédiatement exécutoire, sans effet suspensif: l'enfant doit alors quitter la Suisse sans tarder (vers un autre Etat contractant), auquel cas la compétence suisse cesse (cf. ATF du 12 mars 2018, 5A_948/2017; ATF du 23 mars 2017, 5A_619/2016, SRIEL 2017 p. 227).