

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher*

Table des matières

- I. Nom de l'enfant étranger
- II. Clause arbitrale relative au partage des biens matrimoniaux
- III. Refus de l'adoption d'un enfant immigré illégalement
- IV. Enlèvements d'enfants
- V. Arrêts en bref

I. Nom de l'enfant étranger

Déclaration des parents non mariés désignant comme le nom de l'enfant le nom du père, conformément au droit hongrois. Absence d'une expression suffisante de leur volonté de voir appliquer le droit national étranger de l'enfant. Enregistrement de l'enfant sur le registre suisse avec le nom de sa mère, conformément au droit suisse de son domicile.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 8 décembre 2021, 5A_805/2020

La reconnaissance de l'enfant par son père a été assortie d'une déclaration des deux parents indiquant que l'enfant portera le patronyme de son père. Deux ans plus tard, alors que l'attribution de l'autorité conjointe était encore l'objet d'une procédure devant les juridictions vaudoises, la mère réclamait la rectification du Registre de l'état civil afin que l'inscription soit faite conformément au droit suisse, l'enfant portant le nom de sa mère. La « déclaration concernant le nom » des parents a été signée par les parents sur un formulaire (n° 4.0.1) ne permettant pas de conclure à une expression suffisante de leur volonté de voir appliquer le droit national déterminant de l'enfant. Ce droit aurait dû être le droit hongrois (droit national de la mère), qui l'aurait emporté sur le droit français et d'origine du père. Ce choix n'était pas reconnu et devait ainsi laisser la place au droit suisse du domicile (art. 37 LDIP). Or, selon l'art. 270a CC, les parents ne peuvent choisir un nom autre que celui de la mère tant que l'autorité est attribuée à la mère seule. Compte tenu de l'intensité du contentieux parental, il est peu vraisemblable que cela puisse changer plus tard. Ce raisonnement semble correct, mais doit être assorti de deux nuances.

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

Dans le cas où le conflit opposant les parents s'apaise, le droit suisse ne l'emporte pas nécessairement, car il reste l'hypothèse d'un choix de l'une des lois nationales de l'enfant (art. 23 al. 2 LDIP), à condition qu'il soit exprimé avec une clarté suffisante.

On est étonné de l'absence de comparaison avec l'art. 14 al. 3 de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2), qui constate que pour le cas où une personne de nationalité suisse fait une déclaration concernant le nom, celle-ci a valeur de soumission du nom au droit suisse. Dans un tel cas, la personne opère un choix prévu au Code civil suisse ; on en déduit que, dans des cas internationaux, ce choix implique un choix de la loi applicable en faveur du droit suisse. Pourquoi cela ne pourrait-il pas s'appliquer également dans l'hypothèse où les parents de l'enfant déclarent que l'enfant porte le nom du père, ce qui est impossible en droit suisse et signifie donc nécessairement qu'une telle attribution a été faite selon la loi nationale étrangère de l'enfant ?

Le malaise se renforce si l'on consulte le formulaire « déclaration concernant le nom ». Comme l'arrêt le laisse comprendre, il ne comporte pas de rubrique sur le droit applicable de sorte que l'on puisse attribuer à la déclaration des signataires une volonté de choisir la loi applicable. Cela signifie cependant que l'art. 14 al. 3 OEC est dépourvu de base légale. L'arrêt s'explique alors bien, autant qu'il se met en contradiction avec la fiction consacrée dans l'OEC : faute d'être clairement exprimée, il n'y a pas de manifestation de la volonté de voir appliquer une loi étrangère.

L'art. 14 al. 3 OEC est en contradiction avec l'art. 37 al. 2 LDIP également en ce sens qu'il sous-entend que le choix que l'on attribue à une déclaration sur le nom sera dorénavant déterminant pour la vie future de la personne, tant qu'il n'est pas révoqué. On ajoutera que le régime préconisé dans cette disposition a encore été étendu à la déclaration concernant la modification de son sexe sur le registre (art. 14 al. 5 OEC). Il saute aux yeux qu'une fiction de la loi applicable concorde mal avec la volonté exprimée sur une question aussi intime. On dira que le registre n'est pas fait pour tenir compte des sensibilités des citoyens.

II. Clause arbitrale relative au partage des biens matrimoniaux

Epoux ayant vécu aux Etats-Unis jusqu'à leur séparation en 2010. Accord sur la répartition de la propriété sur certains biens conclu en 2009, comprenant une clause arbitrale. Sentence arbitrale rendue aux Etats-Unis et portant sur une créance en faveur de l'épouse de CHF 300 000.-. Sentence reconnue en Suisse. Absence d'effets sur le régime matrimonial de l'Accord qui ne porte que sur une partie des biens matrimoniaux. Liquidation du régime selon la loi suisse du domicile des époux, avec effet rétroactif au jour du mariage.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 27 août 2021, 5A_907/2019

Dans cette affaire compliquée, on retiendra les éléments de nature internationale. L'époux de nationalité allemande et son épouse, d'abord Brésilienne et ensuite devenue Suisse, ont vécu aux Etats-Unis depuis 2007 où ils se sont séparés en 2010. Un

« Agreement Regarding Status of Property » conclu le 12 février 2009 devait régler la division de leurs propriétés respectives. Il comportait une clause arbitrale désignant l'arbitre. Le litige sur le divorce et le règlement de ses effets accessoires est pendant en Suisse depuis le 2 février 2012. Le divorce a été prononcé le 30 mai 2018 par le *Bezirksgericht* de Lucerne, qui a également procédé à l'attribution d'un entretien en faveur de l'épouse, à la liquidation du régime matrimonial et au partage de la prévoyance.

La question intéressante, du point de vue international, porte sur la prétention de l'épouse à une somme de CHF 300 000.– représentant le solde d'un compte géré aux Etats-Unis. Dans une sentence rendue le 5 mars 2010, l'arbitre désigné par les parties avait attribué ce montant à l'épouse, complété par des intérêts, statuant par ailleurs sur la répartition de certaines propriétés des époux. En appel devant le *Kantonsgericht* de Lucerne, l'épouse demandait à ce que le mari soit condamné au paiement de ce montant. Sa demande ayant été acceptée, le mari se pourvoit devant le Tribunal fédéral pour s'opposer à cette conclusion, parmi bien d'autres.

Un premier point litigieux à ce propos était une disposition de l'accord des époux, prévoyant que leur clause arbitrale n'était applicable que tant que les époux vivaient aux Etats-Unis. Or, après le dépôt de la demande arbitrale par l'épouse, le 29 décembre 2009, le mari avait quitté les Etats-Unis le 2 février 2010 pour s'établir en Suisse. La sentence a été rendue le 5 mars 2010. Le *Kantonsgericht* n'a pas retenu l'objection du mari selon laquelle l'arbitre avait cessé d'être compétent dès le jour de son départ des Etats-Unis, relevant que, par la suite, il s'était fait représenter devant l'arbitre et était donc entré en matière sur le litige arbitral. Sur le fond, la cour d'appel a conclu que la sentence devait être reconnue en Suisse en vertu de la Convention de New York de 1958, expliquant en particulier qu'un différend sur la liquidation du régime matrimonial était arbitral en vertu de l'art. 177 al. 1 LDIP, sous la réserve cependant de la ratification par le juge du divorce en vertu de l'art. 279 CPC. En l'espèce, l'approbation du versement des CHF 300 000.– pouvait être ordonnée, sauf le taux d'intérêt qui devait être ramené de 12% à 5% (consid. 4.1).

Pour le Tribunal fédéral, l'accord du 12 janvier 2009 devait être interprété conformément aux règles du droit suisse sur l'interprétation des contrats (consid. 4.2.1). Curieusement, l'arrêt raisonne comme si le juge du divorce était saisi d'un contrat régi par le droit suisse, alors que l'arrêt mentionne par ailleurs que les époux avaient soumis leur accord aux lois de l'Etat de Washington (consid. 6.1.2). L'accord devait être divisé en deux parties, l'une contractuelle, portant sur le versement des CHF 300 000.–, l'autre de nature matrimoniale, portant sur l'attribution d'une quantité de biens des époux préalablement à la liquidation de leur régime, dans l'idée que ces biens seraient d'emblée exclus de celle-ci. Il ne s'agissait donc pas d'une répartition du bénéfice de l'union au sens de l'art. 216 CC, comme l'avait pensé le *Kantonsgericht* de Lucerne.

En ce qui concerne la partie obligationnelle de l'accord, le Tribunal fédéral relève qu'elle a fait l'objet de la sentence du 5 mars 2010, dont la reconnaissance était régie par la Convention de New York de 1958 (consid. 5.2). S'agissant de la présence du mari sur le territoire américain, il est noté que, contrairement à la constatation de l'arrêt cantonal, le mari n'a pas participé à la procédure arbitrale dès le jour de son départ vers la Suisse. Cependant, il n'a été confronté à aucun empêchement d'y participer et, surtout, de faire valoir le déclinatoire de compétence devant l'arbitre américain. Il était donc forclos de l'invoquer au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence (consid. 5.5.2). En l'absence d'un motif intéressant l'ordre public, la sentence devait donc être reconnue en Suisse (consid. 5.7). Il restait la critique du recourant s'agissant du jour du départ de l'intérêt de 5% accordé par le Kantonsgericht. L'argument consistait à dire que l'accord comportant le paiement des CHF 300 000.– n'avait obtenu sa force qu'avec la ratification par le Kantonsgericht, de sorte que l'intérêt devait courir à partir de la date de ce jugement (art. 279 al. 2 CPC) et non depuis le prononcé de la sentence. Le Tribunal fédéral écarte ce point en observant qu'aucune ratification selon l'art. 279 CPC n'était en jeu s'agissant du règlement de la répartition du patrimoine entre les époux, indépendamment de la liquidation du régime matrimonial (consid. 5.8).

On notera en marge que le Tribunal fédéral approuve l'arbitrabilité du litige en référence à l'art. 177 al. 1 LDIP, comme il l'a fait dans un autre arrêt (ATF 1.3.2021, 5A_910/2019, consid. 3.5). La question mériterait d'être approfondie, car l'art. 177 n'est applicable qu'aux sentences régies par le chapitre 12 de la LDIP. Il n'est pas évident qu'il porte également sur les sentences étrangères chaque fois que l'art. V al. 2 lit. a de la Convention de New York est applicable, même dans des cas où l'ordre public suisse n'est pas touché.

Au sujet des éléments affectant la liquidation du régime matrimonial dans l'accord du 12 janvier 2009, le Tribunal fédéral note qu'ils ne font pas l'objet de la sentence américaine. La question de sa reconnaissance selon la Convention de New York ne se posait pas à leur égard. Il fallait encore savoir si l'accord pouvait représenter un contrat de mariage réglant cette liquidation. Les époux peuvent déroger au rattachement objectif par un choix de la loi applicable. En l'occurrence, ils avaient choisi les lois de l'Etat de Washington. Cependant, ils l'ont fait uniquement pour une partie de leur patrimoine, réservant d'ailleurs explicitement le règlement de leurs autres biens matrimoniaux par le tribunal. Leur choix ne couvrait donc qu'une partie de leurs biens et ne pouvait être reconnu en Suisse, l'art. 52 LDIP ne permettant qu'un choix s'appliquant à l'entier de leur patrimoine (consid. 6.1). Dans le contexte de la recherche du rattachement objectif, l'arrêt précise que l'épouse était également venue habiter la Suisse. La loi suisse devait donc régir leur régime matrimonial (art. 54 al. 1 lit. a), et ce en principe avec effet rétroactif au jour de leur mariage (art. 55 al. 1). Encore fallait-il se demander s'ils n'étaient pas soumis à un régime particulier par contrat de mariage, ce qui aurait pu exclure cette rétroactivité (art. 55 al. 2). L'accord de 2009

ne contenant pas une telle indication, l'application de la loi suisse se trouvait confirmée (consid. 6.2). Ce dernier point est intéressant : du moment que leur choix des lois de l'Etat de Washington dans leur accord n'était pas reconnu, est-ce qu'il peut encore y avoir une place, dans le même accord, pour un contrat de mariage ayant l'effet d'empêcher l'application rétroactive de la loi de leur nouveau domicile commun ? Le Tribunal fédéral écarte l'hypothèse, certes, en raison de l'absence d'une telle indication dans l'accord des époux, mais le fait que la question soit posée semble indiquer que, sur ce point, le choix partiel applicable à un contrat de mariage, qui ne porte que sur une partie du patrimoine, pourrait produire l'effet d'exclure la rétroactivité du droit du nouveau domicile par rapport à l'ensemble des biens matrimoniaux.

Enfin, la question du choix partiel revient lorsque l'on s'interroge sur le régime matrimonial qu'il convient de liquider selon le droit suisse. Cela devait être la participation aux acquêts, étant donné qu'un changement de régime devrait porter sur l'ensemble des biens matrimoniaux. L'accord de 2009 ne visait que certains biens déterminés. Il devait donc rester sans effet à cet égard, et ce même si on voulait y reconnaître une séparation de biens limitée aux biens énumérés. Sur ce point, le juge du divorce ne pouvait donc ratifier cet accord dans le contexte de l'art. 279 CPC. L'arrêt ne mentionne pas l'art. 199 CC qui pourrait autoriser un transfert partiel de certains acquêts dans la masse des biens propres ; le texte de l'accord ne laisse pas penser que des biens tels que définis dans cette disposition aient été visés. Quant au sort de la créance de l'épouse fondée sur la sentence américaine, qualifiée de purement obligationnelle (consid. 5), elle doit s'intégrer dans le règlement réciproque des dettes des époux (art. 205 al. 3 CC) et, à ce titre, être qualifiée de matrimoniale (art. 209 al. 2 CC) pour faire partie de l'opération de dissociation des masses respectives des biens de chaque époux (art. 207 al. 1 CC ; consid. 7).

En filigrane, cette affaire évoque la question de savoir si l'art. 279 CPC permet au juge suisse du divorce d'être saisi de la question de la ratification d'un jugement ou d'un accord portant sur les biens matrimoniaux. Le Kantonsgericht de Lucerne avait pensé que la sentence américaine devait traverser ce filtre (consid. 4.1). Le Tribunal fédéral écarte l'idée d'une telle ratification, notant que l'objet de la sentence portait sur une simple répartition du patrimoine entre les époux, sans lien direct avec le divorce (consid. 5.8.3). On aurait pu répondre à la question directement et exclure toute sentence ou tout jugement étranger d'un tel contrôle, car cela reviendrait à une révision au fond prohibée (art. 27 al. 3 LDIP). De toute manière, l'art. 279 CPC vise la convention sur les effets du divorce et non des jugements. Même dans l'hypothèse d'une convention, il convient de respecter des accords conclus entre les époux selon le droit étranger de manière conforme aux règles suisses de conflit de lois (art. 52/53 LDIP). L'art. 279 CPC n'autorise pas le juge à porter un jugement sur des effets convenus entre les époux au regard d'un droit étranger régissant, le cas échéant, leur régime matrimonial ou leur contrat pré-nuptial. Ce juge doit s'assurer de la sincérité de leur volonté, mais il ne peut s'immiscer dans leur régime patrimonial au motif qu'à

son avis, celui-ci, tel que convenu, ne serait pas clair ou incomplet au regard du droit suisse, alors que ce droit n'est pas désigné par la LDIP qui l'emporte sur le CPC (art. 2).

III. Refus de l'adoption d'un enfant immigré illégalement

Enfant né et abandonné en Ethiopie en 2016, objet d'une adoption prononcée en 2017 dans ce pays mais non reconnue en Suisse. Enfant immigré en Suisse malgré le refus d'agrément, puis devenu l'objet d'une procédure d'adoption entamée en 2019. Refus de l'adoption dans l'intérêt public s'opposant à la légalisation d'une situation illégale, sans considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 27 août 2021, 5A_219/2021

Encore un enfant malmené par la bureaucratie, judiciaire de surcroît. Les enquêtes menées par un expert indépendant mandaté par la représentation suisse en Ethiopie a fait ressortir de nombreuses irrégularités procédurales (non identifiées dans l'arrêt), sans préciser toutefois si la mère d'accueil en était responsable. Il en est résulté que, cinq mois plus tard, la demande d'accueil a été refusée et l'entrée en Suisse préavisée négativement. En Ethiopie, on a dû voir les choses autrement, le tribunal de première instance approuvant la convention d'adoption conclue avec l'organisme local compétent, décision suivie de la délivrance d'un certificat d'adoption le 21 mars 2017. Cela fait, la mère s'est aussitôt présentée en Suisse sans contester avoir passé outre au refus d'agrément suisse, l'enfant étant pourvu d'une tutrice.

Deux ans plus tard, la mère d'intention sollicite l'adoption, appuyée dans sa démarche par un autre fils ainsi que par la tutrice qui demandait la levée du mandat de tutelle. Les rapports préparés dans ce contexte étant positifs, malgré l'âge avancé de la mère (52 ans), le Tribunal de protection de Genève a consenti à l'adoption le 23 mai 2019. C'était sans compter les deux instances de la Cour de justice qui ont pris leur temps pour refuser l'adoption dans deux décisions, prononcées respectivement le 18 juin 2020 et le 4 février 2021. L'arrêt révèle que l'adoption en Ethiopie n'avait pas été reconnue en Suisse en vertu de l'art. 78 al. 1 LDIP (consid. 3.1) ; on n'en sait pas plus, mais il est certain que la condition de la compétence indirecte, seule sujet de cette disposition, était remplie, la mère étant de nationalité éthiopienne (et suisse).

Le dossier d'adoption en Suisse ne se présentait pas sous le meilleur jour. L'âge de la mère se situait au-delà de la limite légale (45 ans selon l'art. 264d al. 1 CC), mais cela ne suffit pas à lui seul pour refuser l'adoption (consid. 5.2.5) ; toutefois, ce défaut devait peser lourdement, car il a été retenu pour excuser la Cour de justice d'avoir manqué à examiner l'état de santé de la mère individuellement (consid. 5.2.3), alors que le médecin traitant avait attesté de sa bonne santé (consid. B.a.d) ; la conclusion était donc : trop âgée, inutile d'examiner l'état de santé de l'adoptante. Cet élément

devait s'ajouter, en défaveur de l'adoption, aux capacités financières limitées de la recourante, qui dépendait des aides de l'Etat, comme l'enfant (consid. 5.2.2).

Ce qui devait cependant peser lourdement était le fait d'avoir passé outre au premier agrément sollicité lorsqu'elle était encore en Ethiopie. Ce défaut-là « ne peut être avalisé sous prétexte de garantir l'intérêt de l'enfant », malgré le fait qu'après que la mère soit arrivée en Suisse avec l'enfant illégalement et qu'elle s'en soit occupée, le vice initial a été réparé par la délivrance du second agrément et de l'autorisation d'accueillir l'enfant en vue de l'adoption le 20 mai 2019 (consid. 5.2.4). Le couperet devait donc tomber, brutalement : si le projet d'adoption avait été fondé sans respecter les règles de procédure en matière d'adoption et de placement de l'enfant en vue de son adoption, la question de savoir si l'adoption serait néanmoins dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne nécessite pas d'être examinée (consid. 6), malgré le fait que la Cour cantonale avait noté que l'adoption « semblait s'inscrire dans l'intérêt de l'enfant dès lors que la recourante assurait de manière adéquate sa prise en charge depuis son plus jeune âge » (consid. 4.1). De façon très déconcertante, le Tribunal fédéral reproche à la recourante de ne pas avoir développé son affirmation de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que dans le même considérant 6, il est dit d'emblée que cette question « ne nécessite pas d'être examinée », s'agissant pourtant d'un point crucial qui doit être relevé d'office et à propos duquel la recourante pouvait légitimement s'en remettre à l'appréciation favorable de la Cour de justice dont le Tribunal fédéral ne dit pas qu'elle serait erronée.

Mais le Tribunal fédéral, sans nécessité apparente, s'enfoncé encore davantage. Reconnaisant l'existence d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, le refus de l'adoption ne constituerait pas une ingérence dès lors qu'en raison des liens conservés avec l'Ethiopie, où la mère retourne souvent, « la recourante et l'enfant pourraient vivre réunis en Ethiopie ». La garantie d'une vie familiale continue est donc assurée à la condition que la famille quitte la Suisse, pays dont la mère est ressortissante, établie à Genève depuis 15 ans déjà et élevant l'enfant depuis plus de trois ans. Si ce retour n'était pas envisageable, conclut l'arrêt, la priorité consiste à privilégier l'intérêt public à ne pas légaliser une situation illégale sous couvert de l'intérêt supérieur de l'enfant (consid. 7.3).

On rappellera tout d'abord que cette situation a été légalisée depuis plusieurs années déjà, tout d'abord par l'adoption prononcée en Ethiopie qui a rendu sans pertinence les griefs de procédure en Ethiopie que l'Ambassade suisse croyait avoir identifiés, ce qui a conduit au refus du premier agrément, et ensuite par l'agrément au placement en vue d'adoption obtenu en Suisse. La plus élémentaire bonne foi aurait commandé d'en rester au premier refus et de ne pas autoriser la procédure d'adoption à prospérer en Suisse. En revanche, ces griefs de procédure n'avaient plus lieu d'être du moment qu'ils étaient guéris par une nouvelle autorisation attestant que la mère était apte à adopter son enfant et l'instauration d'une tutelle avec l'objectif de soutenir ce projet. Par ailleurs, que restait-il de la « faute » de la mère en considération du

fait qu'elle avait de bonnes raisons de penser que l'adoption obtenue en Ethiopie en 2017 serait reconnue en Suisse ?

Le Tribunal fédéral ayant privilégié l'intérêt public au détriment du bien de l'enfant, quel est le bénéfice que l'on retire, dans l'intérêt de la Justice, d'une telle décision ? Certainement pas l'intérêt du public qui n'en sait rien. Et encore moins l'enfant qui doit supporter dans sa personne une punition qui ne lui est pas adressée. Pas non plus la leçon faite à la mère, sans doute choquée par ce qui lui arrive après une vie paisible soutenue par les autorités de protection de l'enfant et une tutrice favorable à l'adoption. Le seul résultat tangible est de priver l'enfant d'un lien de filiation en Suisse. En effet, les parents biologiques en Ethiopie étant inexistantes, l'enfant ayant été abandonné, et aucune adoption ne pouvant s'y substituer, l'enfant n'a pas d'identité en termes de filiation et de relation familiale ; les art. 7 et 8 CDE sont bafoués sans avoir mérité une mention. Le Tribunal fédéral a pour le moins noté qu'il ne doit pas être séparé de sa « mère » (consid. 7.3), ce qui ne va pas de soi puisqu'il est soumis à la législation sur les étrangers. L'intérêt de l'enfant aurait justifié l'adoption, comme la Cour de justice l'a constaté, refusant cependant d'en faire un facteur primordial comme le commande l'art. 3 CDE, ce que le Tribunal fédéral savait également tout en refusant de l'examiner. Quand le droit est plongé dans la négligence humaine, cela se termine mal.

IV. Enlèvement d'enfants

Enfant enlevée de la Floride vers la Suisse. Mère interdite d'entrée sur le territoire américain pendant 10 ans. Impossibilité de rendre visite à l'enfant en cas de retour. Manque de collaboration des autorités américaines. Refus du retour. Un ATF de 2010 : une erreur judiciaire.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 8 septembre 2021, 5A_437/2021

L'arrêt marque un tournant, osant le refus du retour d'un enfant aux Etats-Unis faute pour les autorités américaines d'avoir collaboré de manière constructive à l'accompagnement de l'enfant par sa mère, frappée d'une interdiction d'entrée sur le territoire d'une durée de 10 ans.

L'enfant, une fille, est née prématurément en Floride en 2016. Quelques semaines plus tard, la mère, très jeune, a perdu son visa de touriste le 28 novembre 2016, son séjour aux Etats-Unis étant dorénavant illégal. Après la séparation définitive du père, elle a déménagé avec l'enfant au New Jersey. En juin 2020, un tribunal en Floride a ordonné une « shared parental responsibility » comportant un déplacement de l'enfant toutes les huit semaines d'un parent vers l'autre, assortie de l'interdiction de quitter le territoire américain avec l'enfant. Cela n'a pas duré longtemps. Cinq mois plus tard, un tribunal du New Jersey a prononcé une « temporary restraining order », interdisant au père le contact et le rapprochement avec l'enfant au-delà d'un certain

rayon, une « temporary custody » étant attribuée à la mère. Cette mesure a été levée peu de temps après sur demande de la mère qui voulait ainsi accélérer la procédure pendante en Floride. Peu de temps après, le 9 décembre 2020, la mère et l'enfant sont parties en Suisse. Le dépôt de la demande de retour du père a suivi aussitôt. Sa démarche n'a pas eu de succès, d'abord devant l'Obergericht de Zurich, puis au Tribunal fédéral. Au niveau de ce dernier recours, seule l'objection du risque grave auquel l'enfant serait exposée en cas de retour était encore litigieuse.

Le vécu du couple montrait que l'accueil au retour auprès du père était problématique. Au moment de la naissance de l'enfant, le père avait déjà vécu depuis 26 ans aux Etats-Unis sans jamais se faire naturaliser. Les promesses de mariage ne se sont pas concrétisées. La mère devait ainsi vivre en permanence avec la peur de se faire expulser du territoire américain, sans être rassurée quant au sort de l'enfant. C'est finalement à la demande de la mère que le père s'est vu attribué la nationalité américaine.

L'Obergericht a relevé dans son arrêt que le comportement du père envers l'enfant présentait des dangers certains, même si le détail ne pouvait pas être retracé. Plusieurs arrestations, certes de courte durée, constituaient la preuve d'un risque sérieux de violence envers l'enfant et d'autres enfants dont le recourant assumait la charge. Le père ne contestait pas véritablement les faits dont l'explication faisait défaut. La « temporary restraining order » du New Jersey fournissait une liste d'autres incidents, justifiant des mesures prises à l'encontre du père. Pour l'Obergericht, ce récit peu prometteur n'était pas suffisant, en lui-même, pour conclure à un risque grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention, mais il l'était néanmoins en combinaison avec l'interdiction de la mère de suivre l'enfant aux Etats-Unis en cas de retour, ce qui devait empêcher celle-ci de protéger l'enfant face aux accès de violence domestique que l'on devait escompter de la part du père. Aussi fallait-il prendre au sérieux la menace du père de disparaître avec l'enfant en Amérique, refusant par ailleurs toute visite de celle-ci en Suisse (consid. 2).

L'Obergericht avait également constaté que la mère, malgré les circonstances peu favorables, compte tenu de sa présence illégale sur le territoire américain, était apte à s'occuper convenablement de l'enfant, ce que le père ne contestait pas, sauf sur des points insignifiants. On pouvait donc partir du constat de base que chacun des parents constituait pour l'enfant une personnalité de repère, tant pendant leur vie commune que pour la période de l'exercice de leur garde alternative. Il subsiste la problématique du caractère impulsif du père et celle du risque de violences à l'égard des enfants dont il avait la charge. L'enfant étant encore très jeune, elle y serait exposée sans défense. Si la mère devait rester en Suisse, elle serait dans l'incapacité de détecter des signes de détresse ou de violence et d'alerter les autorités.

Le Tribunal fédéral reprend l'angle d'analyse de l'Obergericht. Le retour de l'enfant aux Etats-Unis dans la perspective d'une réintégration dans le ménage du père et d'une garde alternée n'apparaissait pas constitutif d'un risque grave pour l'enfant. En principe, la séparation d'un enfant de cinq ans du parent qui en assume principale-

ment la charge n'est pas un obstacle non plus sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention, étant donné que cela sous-entend que ce parent puisse, à travers des visites régulières, conserver une relation viable (« tragfähig ») avec chacun de ses parents (consid. 4). A ce stade du raisonnement, on doit s'arrêter un instant : le Tribunal fédéral observe que cette situation correspond à la garde alternée que le tribunal de la Floride avait ordonnée en mars 2020 et il en déduit que cela soutiendrait le renvoi de l'enfant. Cet argument se sert d'une considération touchant au fond du droit de garde, ce que le Tribunal fédéral juge normalement comme inadmissible dans le contexte de l'examen d'une demande de retour. En réalité, l'impact de l'exercice des relations entre les parents et l'enfant à l'avenir peut parfaitement avoir une influence sur l'examen de l'art. 13 al. 1 lit. b dans la mesure où on respecte les paramètres restreints du « risque grave ».

L'élément contestable est le principe que la séparation d'un enfant de cinq ans de son principal gardien serait, en soi (« für sich genommen »), sans danger significatif pour l'enfant. Cette affirmation n'est pas nouvelle, mais, comme par le passé, elle est faite sans aucune explication et sans examen de la situation concrète (ce qui, rappelons-le en passant, viole l'art. 8 CEDH). Elle part de la présomption qu'un enfant qui n'est plus un nouveau-né, ni d'un âge inférieur à deux ans, peut supporter sans souffrance majeure la séparation de son parent le plus proche, en règle générale la mère, et se contenter d'une relation fondée sur des droits de visite (cf., notamment, ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, consid. 3, RSDIE 2012 p. 301 ; ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, consid. 5.1.2, RSDIE 2014 p. 479 ; ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, consid. 6.3.1, SRIEL 2017 p. 238). Il est ainsi dit qu'un enfant de trois ans pourrait être séparé de sa mère sans qu'une telle mesure ne soit en principe constitutive d'un danger grave pour lui ; aucune nuance tenant compte du bien de l'enfant n'y est ajoutée (cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, consid. 5.3, SRIEL 2019 p. 311). A partir de cet âge, les enfants seraient davantage liés à leur environnement. Faudrait-il consulter n'importe quel connaisseur de la psychologie infantile pour être frappé par l'horreur d'un tel schéma de pensée ? On peut rappeler que cette position avait été inaugurée dans un arrêt du 16 avril 2009 qui allait jusqu'à considérer la possibilité de faire accepter à la mère d'arrêter l'allaitement de son bébé (5A_105/2009, consid. 3.4, RSDIE 2012 p. 301, AJP 2010 p. 1180). Pour essayer de comprendre l'incompréhensible, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que depuis de nombreuses années, la II^e Cour de droit civil statue sur des cas d'enlèvement dans une composition ne comprenant aucune femme et le plus souvent avec l'aide d'un greffier masculin qui se répand même en doctrine avec une thèse aussi absurde, sans prendre note des critiques émises déjà à de nombreuses reprises¹. Dans ces conditions, on n'est pas étonné de ne trouver sur ce

1 Cf. URS PETER MÖCKLI, « Die Relocation von Kindern », 136 *Revue de droit suisse* (2017), 229–311, 281, 282, 299. L'auteur affirme (p. 281) que les nourrissons et les enfants en bas âge seraient les seuls à être liés à une personne (« personengebunden »). En cas de déplacement, on ne saurait parler objective-

point aucune mention de l'intérêt de l'enfant dans le présent arrêt, comme d'ailleurs de l'art. 5 de la LF-EEA.

Pourtant, l'arrêt est remarquable par le développement qu'il apporte en considération de la situation d'une mère dépourvue de toute possibilité de remettre pied sur la terre américaine en attendant que l'interdiction d'entrée soit levée dans dix ans. L'arrêt est clair sur le principe : si cela devait se confirmer, l'enfant est exposée à un danger physique et psychique manifeste, n'ayant aucune chance de revoir sa mère, et cela probablement même à l'occasion d'une visite en Suisse, refusée par son père. L'Obergericht de Zurich a pris la peine de tenter d'obtenir des autorités américaines la levée du blocus d'entrée, s'inspirant des démarches entreprises dans une autre affaire, il y a plus d'une dizaine d'années (ATF cité du 16 avril 2009, consid. 3.5). La simple prise de contact était déjà laborieuse et aucune garantie ne pouvait être obtenue en ce sens (consid. 2). On connaît la rigidité des autorités d'immigration aux Etats-Unis, et il ne faut pas compter sur l'aide de l'Autorité centrale. Les Juges de liaison qui figurent sur le site du Tribunal fédéral n'ont pas été mis au concours, aucune mention de leur contribution n'étant faite dans l'arrêt, comme c'est le cas de la totalité de la jurisprudence, une seule affaire faisant exception (ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, SRIEL 2017 p. 233 ; 27.9.2017, 5A_666/2017, SRIEL 2018 p. 255). Ces Juges ont pour devoir principal d'assurer la liaison avec leurs homologues américains qui disposent d'une certaine autorité pour faire passer le message aux services compétents de leur pays. Encore faut-il les contacter et leur faire consulter le dossier.

Le Tribunal fédéral a manifestement été convaincu que les Etats-Unis manquaient à leur devoir de fournir un effort, même minimal (« nicht ansatzweise »). Il complète la présentation de l'Obergericht en relevant que l'obstruction américaine était une donnée connue de la pratique d'enlèvement. L'Autorité centrale américaine ne peut émettre aucune assurance et même un visa individuel ne garantit pas l'entrée aux Etats-Unis, comme l'a montré l'affaire citée (ATF 7.12.2009, 5A_721/2009, consid. 2.2, AJP 2010 p. 1185).

L'arrêt cite alors une autre jurisprudence dans laquelle le Tribunal fédéral avait cru pouvoir faire confiance à ce que la mère sera en mesure de visiter sa fille de dix ans à New York sur la base d'un visa touristique permettant des entrées multiples pour une durée maximale de 90 jours (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, consid. 4.5, AJP 2010 p. 385). Or, les autorités d'immigration ont retenu la mère à l'aéroport de New York déjà et l'ont réexpédiée en Suisse avec le prochain vol. Il a fallu des années de démarches intenses, jusqu'à engager la Conseillère fédérale Sommaruga, pour que la mère puisse obtenir une permission d'entrée pour « motifs humanitaires ». Le Tribunal fédéral admet donc aujourd'hui s'être trompé, renvoyant le lecteur à un article dans la NZZ du 23 mars 2015 qui relate que l'enfant a dû rester pendant cinq ans à

ment d'une continuité de la relation. Aucune étude n'est citée. Nos critiques répétées dans les chroniques de jurisprudence de la présente Revue sont ignorées.

New York jusqu'à ce qu'enfin les tribunaux new-yorkais acceptent de la confier à sa mère en Suisse.

Or, il y a davantage. Dans son arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a cru pouvoir consoler la mère et sa fille par l'espoir que cette dernière pourrait bénéficier de contacts réguliers avec sa grand-mère maternelle, habitant New York (consid. 4.5). Cela a été fait sans aucune vérification («*vermutungsweise*»). Peu de temps après son arrivée sur le sol américain et la remise à son père, celui-ci a obtenu que la grand-mère soit privée de tout accès à sa petite-fille, prétendument par crainte d'un nouvel enlèvement, comme on l'apprend d'une lettre envoyée par le Département d'Etat à l'Ambassadeur suisse le 4 mai 2010.

On pourrait se demander si des efforts entrepris par le Juge instructeur du Tribunal fédéral n'auraient pas pu produire de meilleurs résultats. N'aurait-on pas pu compter sur l'implication de l'Autorité centrale suisse qui n'a pas été sollicitée mais devait être au courant de l'affaire? Elle aurait pu intervenir auprès du Tribunal fédéral, comme l'avait préconisé le Conseil fédéral (FF 2007 p. 2466; art. 76 al. 2, 111 al. 2 LTF). Malheureusement, cette Autorité, qui est le propre interprète de ses devoirs, n'y songe pas. Sa collaboration est pourtant prévue à l'art. 10 al. 2 LF-EEA, disposition que l'arrêt ne mentionne pas. Un autre handicap est la ligne dure choisie à propos de l'apport de *nova*. Cela serait impossible (cf., en dernier lieu, ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, consid. 2.2.2; ATF 6.1.2022, 5A_592/2021, consid. 1). En réalité, cela serait parfaitement possible, car commandé par l'exigence de célérité ou sur le fondement de l'art. 105 al. 2 LTF, une approche bien plus efficace que le renvoi à l'autorité précédente. L'arrêt de 2010 a eu pour le moins le mérite d'avoir accepté des rapports des autorités scolaires en grande quantité (consid. 4.3), de même que le premier arrêt de 2009 qui reposait en grande partie sur les résultats des échanges engagés entre le Juge instructeur du Tribunal fédéral et le juge américain saisi du dossier sur la garde. Depuis lors, la porte ouverte à des *nova* à considérer afin de parvenir à une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant a été fermée. Cela signifie également qu'au cas où le Tribunal fédéral entend renverser un refus cantonal de retourner l'enfant, il se place dans l'incapacité d'assurer la collaboration internationale exigée par l'art. 10 LF-EEA et il néglige la maxime d'office illimitée (art. 296 CPC) qui régit la matière (ATF 11.10.2017, 5A_655/2017, consid. 5.2, SRIEL 2018 p. 259).

On peut penser que c'est également en raison du refus de se voir présenter des *nova* que le Tribunal fédéral n'a pas voulu suivre le chemin tracé par le second arrêt du litige américain de 2009, en demandant au tribunal de Floride saisi du fond d'autoriser la mère à repartir avec l'enfant aussitôt que les autorités d'immigration lui auraient refusé l'entrée sur le territoire américain (cf. l'ATF cité du 7 décembre 2009, consid. 2 et 3). Cela aurait été une solution, certes compliquée et peut-être pas suffisamment rassurante. Manifestement, le Tribunal fédéral était à tel point choqué par l'attitude hostile des autorités américaines à une collaboration raisonnable qu'il

n'était plus question d'explorer des solutions comportant tant de subtilités sources d'incertitude.

En l'espèce, la mère s'était opposée à la demande de retour. Or, une jurisprudence maintes fois répétée avait refusé aux mères à l'origine d'un enlèvement d'invoquer la défense fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. b au motif de leur impossibilité d'accompagner l'enfant lors d'un retour et de reprendre leur vie dans l'Etat de l'auteur de la demande de retour. Une telle argumentation, a-t-il été jugé, aurait finalement pour conséquence que l'auteur de l'enlèvement utilise son comportement illégal pour en tirer profit pour lui-même (cf., notamment, ATF 31.1.2003, 5P.263/2002, consid. 4.2.2.3 ; ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, consid. 2.4.2, RSDIE 2003 p. 411 ; ATF 130 III 530 ss, 534 s. ; ATF 15.11.2005, 5P.367/2005, consid. 8, RSDIE 2007 p. 337 ; ATF 16.8.2007, 5A.285/2007, consid. 4.1 ; ATF cités du 16.4.2009, consid. 3.3, 3.8, 1.10.2013, consid. 5.1.2 ; 30.1.2017, consid. 6.3.1 ; et ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, consid. 5, SRIEL 2019 p. 311 ; ATF 24.4.2019, 5A_162/2019, consid. 6.2.3, SRIEL 2019 p. 325 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, consid. 5.1.2.2, SRIEL 2021 p. 481 ; ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, consid. 5.3.2). Ce *dictum*, véritable *mantra* reprise d'arrêt en arrêt sans réflexion, ne figure pas dans le présent arrêt. Il semble bien que le rédacteur de l'arrêt se soit rendu compte du non-sens de ce qui y était dit. L'auteur de l'enlèvement a évidemment le droit de faire valoir l'intérêt de l'enfant et, dans ce même contexte, d'y intégrer sa propre perspective de la situation qui se répercute nécessairement sur le sort de l'enfant. En l'espèce, pourquoi la mère n'aurait-elle pas pu invoquer l'impossibilité pour elle de se rendre aux Etats-Unis comme la source d'un danger grave pour l'enfant si elle devait y retourner seule ? Pour conclure par une décision raisonnable, il fallait ne pas répéter ce qui l'a été depuis vingt ans. C'est déjà cela de pris. On ne cessera pas d'espérer une nouvelle réflexion de la part des Juges, révisant du même coup leur proclamation que le retour de l'enfant selon la Convention est « automatique » (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, consid. 5.3, SRIEL 2019 p. 311).

Parents mariés vivant séparés depuis 2015, la mère s'étant établie en Espagne avec les enfants. Premier enlèvement des enfants par le père vivant en Suisse en 2016, suivi de leur retour en Espagne. Divorce en Espagne en 2019. Visite des enfants pour des vacances en Suisse en été 2021. Non-retour provoquant une procédure d'enlèvement en Suisse. Situation familiale très complexe et présentant des dangers pour les enfants. Nécessité de régler en détail l'exécution de l'ordre de retour.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 janvier 2022, 5A_952/2021

L'affaire se déroule sur fond d'un tissu familial très particulier, causé principalement par une santé mentale et physique très atteinte de l'un des garçons et des retards dans le développement du second, et compliqué par ailleurs par un père employant tout moyen possible pour s'appropriier les enfants. Une première procédure d'enlèvement, se terminant par le retour des enfants, marquait déjà la profondeur du conflit (ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, SRIEL 2017 p. 247). Une seconde tentative est survenue en

été 2021, lors du séjour des enfants en Suisse en été 2021 lorsque le père ne les a pas rendus à la mère comme cela avait été convenu. La problématique du retour a été marquée par le fait que le plus jeune des enfants (né en 2009) souffrait d'un déficit cognitif manifeste, qui le faisait idéaliser son père, tandis qu'il disait détester sa mère ainsi que son compagnon auquel il reprochait des abus sexuels, l'exposé culminant dans un refus catégorique de retourner en Espagne. Malgré son âge déjà avancé, 13 ans, le Tribunal fédéral parvient dans une analyse détaillée des motifs d'opposition au retour invoqués par cet enfant à la conclusion que son récit était manifestement dicté par le père et s'avérait détaché des réalités de la vie des différents membres de la famille et de la situation en Espagne. Compte tenu, de surcroît, des défauts cognitifs de l'enfant, son objection ne pouvait être retenue (consid. 3). Le curateur de l'enfant ne s'opposait pas à cette conclusion, mais il faisait remarquer que pour ce garçon, ce qu'il exprimait s'était intériorisé en lui-même et représentait son vécu personnel, complété par ailleurs par un attachement très fort à son frère, de deux ans plus âgé (consid. 3.3). La conclusion de l'arrêt est nuancée : l'enfant ne dispose pas de la maturité nécessaire sous l'angle de l'art. 13 al. 2 de la Convention, mais son opinion doit être intégrée dans l'analyse de l'ensemble de la situation déterminante pour juger de la demande de retour.

Cette analyse était loin d'être simple, car de part et d'autre des parents, le contexte familial était problématique, pas au point cependant de préférer un placement des enfants auprès de tiers. Plusieurs éléments étaient à considérer. Des doutes quant au comportement indélicat du compagnon de la mère sont restés dans l'air, mais l'on pouvait compter sur l'assistance des autorités locales en Espagne, qui seraient mises au courant dans l'hypothèse d'un retour des enfants. La manipulation de l'un des enfants par le père était tellement forte que le garçon en avait acquis une profonde conviction, au point que le retour dans le pays d'horreur aurait pu provoquer en lui un traumatisme dommageable. Certes, il parlait bien l'espagnol et n'avait pas eu de problèmes à l'école. L'assimilation au retour devrait donc plutôt bien se passer. Néanmoins, il s'est approprié une vue diabolisée de sa mère au point qu'un risque pour sa santé, voire pour sa vie, n'était pas à exclure. La situation était d'autant plus confuse que lors d'une rencontre avec sa mère à l'occasion de la procédure de retour en Suisse, le contact était aimable, contrastant singulièrement avec ce que le père voulait faire croire aux enfants. D'un autre côté, la relation des enfants avec leur père était loin d'être aisée à gérer, au point qu'un placement auprès de tiers n'était pas à exclure si les enfants devaient rester en Suisse. Le curateur aurait préféré garder les enfants en Suisse, mais il n'est pas certain qu'il en était réellement convaincu, dès lors qu'il n'a pas recouru contre l'arrêt de l'Obergericht au nom des enfants. Il fallait donc, pour le Tribunal fédéral, faire un bilan global, sachant que l'une et l'autre solution présentaient des inconvénients quant à la vie future des enfants. Finalement, c'est l'impact excessif du père sur les enfants qui a fait pencher la balance en faveur du retour auprès de la mère en Espagne. Le risque d'un traumatisme de l'un des enfants n'était certes

pas à exclure, mais il apparaissait préférable de l'assumer plutôt que de se résigner à laisser les enfants auprès de leur père dans une situation familiale très problématique.

Cela dit, le Tribunal fédéral s'est bien rendu compte que sa réflexion pénétrait le fond de la controverse sur l'attribution et les modalités de la garde. L'arrêt dit qu'il ne s'exprime pas sur le fond (« keine materielle Aussage »), mais en réalité, il le fait bel et bien, cependant dans le cadre restreint de l'art. 13 al. 1 lit. b. Dans une situation telle que celle de l'espèce, on ne peut faire autrement que de préfigurer ce qui pourrait advenir des enfants selon que le retour est ordonné ou non. Les affirmations en sens opposé, souvent rappelées dans la jurisprudence et reprises dans une doctrine docile, sont excessives et fondées sur des considérations purement théoriques. Le risque grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b doit tenir compte, dans les limites étroites qui lui sont propres, de possibles prolongements dans la vie des enfants selon qu'ils sont retournés ou non. Cela s'est déjà produit à d'autres occasions, lorsque, par exemple, la jurisprudence tient compte d'une décision sur la garde déjà rendue ou susceptible d'être rendue dans le pays où l'enfant a été enlevé, conduisant en fin de compte à un « double retour » qu'il faut éviter (cf. ATF 21.1.2020, 5A_990/2019, consid. 5.1.3, SRIEL 2020 p. 439).

Il restait à mettre l'ordre de retour en place, ce qui signifiait pour le Tribunal fédéral de régler cet aspect pour la première fois avec autant de détails (consid. 5). Il était certain que le père n'allait pas remettre les enfants volontairement. Il était donc sérieusement à craindre qu'il ne disparaisse avec les enfants, en Suisse ou à l'étranger (malgré le dépôt des papiers), en poussant plus loin encore la manipulation des enfants avec des conséquences imprévisibles pour l'enfant au psychisme fragile. La remise de l'arrêt du Tribunal fédéral au père devait donc avoir lieu simultanément avec le retrait des enfants du cadre paternel, impliquant un personnel de soins et la police, locale et à l'aéroport. S'il devait se produire un incident, telle une arrivée tardive de l'avion de la mère, l'autorité cantonale d'exécution était autorisée à retirer les enfants et à les placer momentanément de manière appropriée.

Ce scénario comprenait un point supplémentaire qu'il convient de regarder de plus près. L'autorité d'exécution a reçu pour mandat de prendre contact avec l'autorité de protection compétente en Espagne, en cas de besoin par l'entremise de l'Autorité centrale suisse ou le Service social international, afin de permettre à ces autorités locales de préparer les mesures d'accompagnement nécessaires dès l'arrivée des enfants. L'intention est excellente, mais l'encadrement juridique l'est moins. Certes, les mesures d'exécution sont à ordonner par le tribunal qui ordonne le retour (art. 11 al. 1 LF-EEA). Mais en amont, le tribunal doit déjà s'assurer de la manière avec laquelle sa décision sera exécutée dans l'Etat de la résidence habituelle au moment de l'enlèvement (art. 10 al. 2 LF-EEA). Il faut préparer le retour en collaboration avec les autorités locales. En l'espèce, les conditions de vie dans le cadre familial de la mère étaient loin d'être exemptes de problèmes pour le bien des enfants. Le Tribunal fédéral avait des hésitations, bien compréhensibles. Or, pour pouvoir statuer le mieux possible, « le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des

conditions d'accueil qui attendent l'enfant » (FF 2007 p. 2467). Le Tribunal fédéral n'a pas saisi l'occasion, pourtant préconisée par la LF-EEA. En l'espèce, on a l'impression que l'on pouvait faire confiance aux autorités espagnoles.

Or, cela n'est pas toujours suffisant. Dans l'affaire de la Thaïlande, le Tribunal fédéral s'est contenté des assurances fournies par l'Office de l'avocat général de la Thaïlande, garantissant que l'enfant aurait accès au Ministère public afin d'être en sécurité et que, par ailleurs, les mesures éventuellement prises dépendaient du contexte (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, consid. 4.1.1, SRIEL 2020 p. 436). Il s'agissait d'assurances abstraites, impossibles à mettre en œuvre concrètement au moment du retour de l'enfant. Pour la CEDH, étonnamment et contrairement à sa propre jurisprudence, c'était suffisant (arrêt du 23 novembre 2021, n° 12937/20). Or, l'arrêt de la Cour fournit l'information qui démontre que cela n'a servi à rien. Lorsque l'Office fédéral de la justice s'est adressé à son homologue en Thaïlande, celui-ci lui a répondu qu'il fallait s'adresser au Ministère du développement social, au sein duquel l'Office fédéral n'a jamais réussi à obtenir les coordonnées d'une personne de contact (§ 57). Lorsque le Service de protection de la Jeunesse vaudois a tenté d'obtenir des garanties en Thaïlande pour le droit de visite surveillé, il n'a pas pu obtenir de réponse (§ 59). La Cour a apprécié que les autorités suisses, en particulier le SPJ, aient entrepris des « démarches raisonnables » afin de garantir la sécurité de l'enfant (§ 110). Une telle réponse n'est pas digne de la CEDH : des démarches raisonnables, peut-être, mais sans aucune réponse du côté thaïlandais ! L'enfant a donc été remis à la Thaïlande sans aucune protection, alors qu'il devait revenir dans un contexte de violence qui n'a jamais été démenti.

Cela pose un problème fondamental de la validité et de l'efficacité des mesures prises dans le pays de retour avant que le retour ne soit ordonné par le tribunal saisi d'une demande fondée sur la Convention de La Haye. Pour en assurer le respect, l'intégration dans les considérations de l'arrêt est préférable ; c'est ce qui est prévu à l'art. 10 al. 2 LF-EEA. Si la collaboration avec l'autorité du pays de retour figure en tant qu'instruction adressée à l'autorité suisse de l'exécution, celle-ci tentera de s'exécuter, certes, mais l'autorité de destination du contact n'est aucunement liée. L'inefficacité de la mesure est ainsi tracée. Cela n'est pas le cas, ou en tout cas dans une moindre mesure, si le tribunal suisse fait comprendre à son interlocuteur que la décision de renvoi peut dépendre de sa coopération. Depuis l'expérience acquise et plutôt positive dans l'affaire avec les Etats-Unis en 2009, on sait que le Tribunal fédéral n'aime pas faire cela. S'il songe à faire du droit, il saura qu'il doit le faire en vertu de l'art. 10 al. 2 LF-EEA et dans le but de veiller au mieux à l'intérêt de l'enfant.

Non-retour de l'enfant au Honduras après un séjour d'été en Suisse. Parents non mariés disposant chacun de l'autorité parentale. Pas de risque grave au retour, dès lors que l'on peut attendre de la mère qu'elle accompagne l'enfant.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 3 janvier 2022, 5A_954/2021

Après s'être séparés en avril 2017 au Honduras, les parents non mariés de l'enfant né en 2014 ont convenu en juillet 2021 que la mère allait repartir vers la Suisse avec son compagnon et l'enfant, le vol de retour étant fixé au 27 août 2021. Depuis leur séparation, les arrangements sur la vie familiale avaient plutôt bien fonctionné, incluant en 2017 et 2018 un long séjour de la mère et de l'enfant en Suisse, leur pays d'origine. L'enfant n'étant pas revenu, le père a déposé sa demande de retour devant la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal de Vaud le 28 septembre 2021. La mère s'est opposée à la demande, tandis que le curateur de l'enfant a conclu à son admission, puis s'en est remis à justice s'agissant du recours.

Le premier point litigieux portait sur la question de l'illicéité du non-retour de l'enfant, qui dépendait de la notion autonome du droit de garde selon la Convention de La Haye de 1980 (consid. 4.1.2). L'autorité cantonale avait conclu que selon le droit hondurien, les deux parents bénéficiaient de l'autorité parentale sur l'enfant, avec l'effet que tout changement de résidence de l'enfant hors du Honduras était soumis à leur accord commun (consid. 4.2). La mère le contestait, arguant qu'elle était seule titulaire du droit de garde, le père ne bénéficiant que d'un simple droit de visite. Sa critique a été écartée comme étant purement appellatoire (consid. 4.3). Implicitement, le partage en commun du droit de garde devait ressortir du fait que les parents ont jugé utile que le père signe une autorisation de sortie du pays, fixant également la date du retour (consid. 4.4). On observe néanmoins que la charge de la preuve est ainsi mise exclusivement sur la mère. Celle-ci a certes un devoir de collaborer, mais on aurait pu tenir compte de la maxime d'office illimitée qui aurait commandé un devoir de vérification dès lors qu'elle s'applique à toutes les conditions posées par la Convention (cf. ATF 11.10.2017, 5A_655/2017, consid. 5.2, SRIEL 2018 p. 259; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, consid. 4.3.1, SRIEL 2021 p. 481).

Le Honduras étant un pays parmi les plus pauvres d'Amérique, ce qui explique la présence d'armes dans la vie courante, des épidémies, des familles et enfants maltraités et abusés, il n'était pas étonnant que la mère en fasse une description pour convaincre les juges du danger auquel un retour allait exposer l'enfant. En l'espèce, ce discours ne pouvait mener loin, car le père pouvait démontrer qu'il était en mesure d'offrir à l'enfant une prise en charge rassurante et l'accès à l'école et aux thérapies dont il avait besoin. D'ailleurs, des conditions de vie plus modestes et un soutien éducatif limité dans l'Etat de la résidence habituelle ne suffisent pas à établir l'exception du risque grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b (consid. 5.2).

L'arrêt enchaîne alors avec l'artillerie lourde. Le retour peut entraîner une séparation entre l'enfant et sa personne de référence; cela ne constitue pas, en soi, une cause

de refus, sauf pour les enfants en bas âge, comme ce fut rappelé dans l'arrêt du 8 septembre 2021, commenté *supra* (consid. 4).

Ce principe est assorti d'exceptions liées aux circonstances de vie du parent de référence (le ravisseur), telles que des relations familiales très solides en Suisse, ou le risque d'une mise en détention au retour (consid. 5.3.2). Un nouveau mariage compte aussi parmi ces cas ; en l'espèce, la mère n'était pas remariée avec son nouveau compagnon, un médecin hondurien, et même si elle l'était, il n'est pas certain que l'argument aurait pu l'emporter, étant donné que le Tribunal fédéral l'avait déjà écarté dans un cas où le nouveau mari était ressortissant du pays de retour (ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, consid. 5.4, SRIEL 2014 p. 531) et qu'en l'espèce, le nouveau partenaire ne se trouvait en Suisse que depuis quelques mois. Dans les circonstances de l'espèce, la mère ne pouvait démontrer que ses conditions de vie au retour seraient difficiles au point d'être insupportables (consid. 5.3.4).

Encore faut-il, dans de tels cas où l'on ne peut exiger du parent ravisseur le retour dans le pays de départ (art. 5 lit b LF-EEA), que la séparation de l'enfant s'avère intolérable pour celui-ci s'il devait réintégrer seul le cadre familial du parent réclamant son retour, son père en l'occurrence. C'était le cas de l'enfant de cinq ans dans le cas de l'ATF cité, le caractère intolérable résultant pour le Tribunal fédéral du fait que la mère aurait été empêchée d'entretenir le moindre contact physique, même à travers l'exercice de visites régulières, en raison de l'interdiction de pénétrer sur le sol américain pour au moins dix ans.

Cependant, en adoptant de telles exceptions, on passe outre à un autre principe, rappelé dans le présent arrêt : lorsque l'enfant ne devrait pas être séparé du parent ravisseur, celui-ci ne peut invoquer la mise en danger de l'enfant s'il n'entend pas le raccompagner au retour alors que l'on peut l'exiger de lui, car à défaut, il pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour. Ce principe, tel qu'exposé (consid. 5.3.2), est excessif à plus d'un titre :

1. Les exceptions mentionnées ci-dessus démontrent qu'il y a des situations où le parent ravisseur peut légitimement faire valoir qu'il doit rester en Suisse, pays de refuge, et qu'en raison des ses liens étroits avec l'enfant, celui-ci ne doit pas être séparé de lui. Ainsi, la mère peut manifestement invoquer le très jeune âge de l'enfant comme motif pour ne pas être séparée de lui, puisque c'est ce qu'admet la jurisprudence. Quel est alors le sens d'un principe lui interdisant de le faire puisque cela serait à son avantage, sans songer d'ailleurs à l'intérêt de l'enfant ? L'arrêt du 8 septembre 2021 (*supra*) en a tiré la conclusion qui s'impose : ledit principe n'y figure pas.

2. L'argument n'a aucun poids s'il est invoqué par l'enfant. L'arrêt de base, souvent invoqué dans la jurisprudence pour soutenir ledit principe, est l'arrêt rendu sur recours de la mère dans l'affaire W. qui a déclenché les travaux de révision qui ont abouti à la LF-EEA (ATF 130 III 530 ss, AJP 2005 p. 108). Or, ce que l'on ne rappelle jamais dans la jurisprudence, c'est que cet arrêt n'est pas le seul à avoir été rendu dans cette affaire d'Australie. Un arrêt parallèle rendu le même jour sur le recours des en-

fants reprend certes la même analyse, mais cela à l'exception notable du passage relatif à l'impossibilité pour la mère de tirer avantage de son propre comportement contraire au droit (ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, RSDIE 2005 p. 394, AJP 2005 p. 106). Ce qui ne s'avère en réalité qu'un simple postulat non vérifié quant à son fondement ne dispose d'aucune base en référence à l'intérêt de l'enfant. Pourquoi le parent ravisseur ne pourrait-il pas faire valoir que la séparation de l'enfant de son parent de référence serait intolérable pour l'enfant, ce d'autant que le même argument peut être soutenu par l'enfant et devrait être évalué de toute manière sous l'angle de la maxime d'office illimitée ?

3. Ledit principe est incompatible avec l'art. 5 lit. b LF-EEA. Dans les conditions définies par cette disposition, le parent ravisseur peut invoquer le fait qu'il n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant au retour ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui. Cette objection avait été écartée dans l'ATF 130 III 535, auquel le Tribunal fédéral se réfère encore aujourd'hui. On sait à quel point le Tribunal fédéral n'apprécie pas les instructions figurant dans la LF-EEA, mais on est tout même étonné de le voir prendre comme référence un ATF datant d'avant l'entrée en vigueur de la loi et largement contesté dans le pays, incompatible avec l'art. 5 lit. b de celle-ci et avec l'arrêt parallèle rendu à l'égard des enfants.

V. Arrêts en bref

Enfants espagnols et italiens vivant en Suisse et connus sous le double nom dérivé du nom de leurs parents. Changement du nom paternel inscrit à l'état civil. Motifs légitimes militant en faveur de cette requête.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 12 juillet 2021, 5A_336/2020

Les enfants étaient connus depuis leur naissance sous leur double nom, comprenant le nom de leur père suivi du premier nom de leur mère. C'est notamment sous ce nom qu'ils figurent au Contrôle des habitants. Cependant, à leur naissance, ils ont été inscrits à l'état civil sous le seul nom de famille de leur père. Celui-ci exerce un recours au Tribunal fédéral sollicitant l'annulation de la décision cantonale favorable au changement de nom des enfants que ceux-ci et leur mère souhaitaient devenir conforme à leur nom vécu, à l'occasion d'une procédure de naturalisation. Ce changement, régi par le droit suisse (art. 38 LDIP), devait répondre à l'exigence de « motifs légitimes » (art. 30 al. 1 Code civil) qui s'apprécient de façon plus souple que l'ancien concept des « justes motifs ». La particularité du cas réside dans le fait que le double nom tel que demandé par les enfants n'est pas connu du droit suisse. L'argument du père était ainsi qu'il ne pouvait faire partie de la catégorie de noms justifiés par un « motif légitime ». Or, le Tribunal fédéral a suivi l'autorité cantonale dans le respect du fait que les enfants étaient connus de manière générale depuis leur nais-

sance sous le double nom requis et que le maintien des noms respectifs de leurs deux parents correspondait à leur volonté la plus profonde. Le fait que les enfants portaient dans leurs documents italiens le seul nom de leur père n'était pas décisif, ni d'ailleurs le fait que le droit espagnol autorise le port du double nom. Sur ce point, on aurait pu préférer inclure ces éléments dans le raisonnement, sans modifier le résultat de la réflexion. Car le changement de nom selon l'art. 30 du Code civil doit prendre en compte des éléments d'extranéité du cas particulier. On peut certes observer qu'il est courant, pour des personnes ayant plusieurs nationalités, que leurs noms ne correspondent pas dans leurs différentes pièces d'identité (consid. 5.2). Mais on doit également reconnaître leur intérêt à réaliser l'unité du nom de famille à travers les frontières. Un regard sur la jurisprudence des droits de l'homme et du droit européen aurait pu être utile. L'arrêt est proche d'un changement de jurisprudence : un arrêt récent est invoqué en appui (ATF 145 III 49 ss, 55), sans remarquer que cet arrêt renvoyait à un arrêt plus ancien (ATF 119 II 307 ss), dont la réponse était à l'opposé de ce qui l'a emporté dans le présent cas.

Paiement d'un capital consécutif au divorce de l'épouse domiciliée en Angleterre et du mari vivant en Russie. Exequatur de la « Financial Remedy Order » de la High Court du Royaume Uni en Suisse contre l'ex-mari et l'une de ses fiduciaires siégeant au Panama.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 11 août 2021, 5A_299/2020, 23 août 2021, 5A_1071/2020

Les enjeux financiers des couples riches sont souvent complexes lorsqu'ils apparaissent dans le contexte d'un divorce. En l'espèce, le litige tourne autour de l'exécution d'un jugement anglais condamnant le 20 décembre 2016 une fiduciaire de l'ex-mari (dans le premier cas) et celui-ci en personne (second cas) au paiement solidaire de 350 millions de livres britanniques. Devant les tribunaux zurichois, l'ex-épouse réclamait de ce montant une part de 224 millions. Dans le procès dirigé contre la fiduciaire, l'Obergericht refusait l'exequatur le 10 décembre 2018 et, après avoir reçu l'affaire en retour du Tribunal fédéral (ATF 13.12.2019, 5A_104/2019), confirmait la même conclusion le 3 mars 2020. Cette fois-ci, l'ex-épouse échoua avec son recours. Elle eut du succès, en revanche, dans le procès dirigé contre son ex-mari, qui fut condamné au paiement de 185 millions par l'Obergericht le 8 décembre 2020, confirmé par le Tribunal fédéral.

Dans la première affaire, le Tribunal fédéral était saisi du problème de la notification de l'acte introductif d'instance à la fiduciaire qui a fait défaut devant la juridiction anglaise. Pour l'épouse, le juge suisse de l'exécution ne peut passer à côté des explications fournies par le juge du fond constatant que cette société n'était autre que l'*alter ego* de son ex-mari. Le Tribunal fédéral accepte que, certes, la révision au fond de la part du juge de l'Etat requis est prohibée (art. 45 ch. 2 CL), mais cela sans toucher au pouvoir de contrôle complet s'agissant de la notification conforme à l'art. 34

ch. 2. Or, en l'espèce, l'ex-mari devait certes savoir que sa société avait reçu la notification, mais la signification effective n'était pas démontrée. Le fait qu'en droit anglais, on connaît une notification « alternative » ou « fictive » est sans pertinence dans le contexte de l'art. 34 ch. 2 CL.

Dans le procès dirigé contre l'ex-mari, l'enjeu portait sur la question de savoir si l'attribution d'une part de capital (*lump sum*) pouvait constituer de l'entretien, tombant ainsi sous la Convention de Lugano. La réponse était affirmative par rapport à la somme placée dans un fonds qui devait verser à l'ex-épouse à titre régulier des montants destinés à son entretien. S'agissant de l'achat d'un bien immobilier servant de lieu de vacances, il s'agit également de l'entretien, qui comprend les besoins pour le logement, même luxueux.

Reconnaissance en Suisse d'un jugement portugais modifiant un jugement de divorce en réduisant le montant de l'entretien dû par l'ex-mari. Convention de La Haye de 1973.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 18 octobre 2021, 5A_70/2021

Le considérant 4.1 peut servir de récapitulation complète des conditions posées par la Convention de La Haye. Le seul défaut est que l'on ne s'est pas demandé si elle était applicable. Le Tribunal fédéral aurait pu s'en rendre compte s'il ne s'était pas limité à consulter de petits commentaires de procédure, sachant qu'il s'agissait d'une affaire internationale. L'art. 67 CL n'est pas mentionné. Selon son paragraphe 5, les conditions sur la reconnaissance et l'exécution figurant dans une Convention sur une « matière particulière » sont applicables, mais il peut « en tout cas » être fait application de la Convention de Lugano s'agissant de la procédure relative à la reconnaissance et l'exécution. L'autorité cantonale s'est satisfaite de l'attestation de force de chose jugée de l'arrêt du « Tribunal Supremo de Justiça ». Le fait que le dispositif de cet arrêt ne fasse que confirmer la décision de deuxième instance ne saurait empêcher le prononcé de l'exequatur (consid. 4.2). L'autorité vaudoise saisie d'une procédure pénale pour violation de l'obligation d'entretien pouvait statuer sur ces questions à titre préalable, mais elle pouvait aussi suspendre la procédure jusqu'à droit connu sur la requête de reconnaissance (art. 29 al. 3 LDIP, consid. 5). S'agissant de la question de l'incompatibilité entre une décision suisse et une décision portugaise postérieure, elle doit apparaître dans leurs effets, ce qui n'était pas le cas (consid. 6.2).

Jugement français de divorce de 2015 comprenant la condamnation du mari au versement d'une prestation compensatoire, sans inclure dans celle-ci les avoirs de prévoyance professionnelle constitués par le mari en Suisse. Demande en complément introduite en Suisse sur le point de la prévoyance. Droit français applicable en tant que loi régissant le divorce (ancien droit), les conditions de la clause d'exception n'étant pas remplies. Refus du partage de la prévoyance, inconnu en droit français.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 14 juillet 2021, 5A_710/2020

S'agissant du droit transitoire, la question a été tranchée en ce sens que le complément de décisions de divorce sur le point de la prévoyance, datant d'avant 2017, est soumis aux règles de droit international privé applicables avant la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (ATF 145 III 109 ss, SRIEL 2019 p. 303). Aucun des chefs de compétence selon l'art. 64 al. 1 LDIP n'étant réalisé en l'espèce, on peut s'en remettre à l'art. 6 (acceptation tacite) et à l'art. 3 (for de nécessité). Quant à la loi applicable, le principe déterminant était l'application du droit régissant le divorce, en l'occurrence le droit français (consid. 3). La seule échappatoire pouvait être trouvée dans la clause d'exception de l'art. 15.

L'arrêt de référence date du 11 février 2005, acceptant de déroger à la loi française en principe applicable dans l'hypothèse d'un couple suisse ayant vécu pendant dix ans jusqu'à leur séparation en France, où le divorce fut prononcé à un moment où le mari était déjà revenu en Suisse (ATF 131 III 289 ss, 291 s., SRIEL 2005 p. 366). Certes, dans la présente affaire, l'intensité des liens avec la France était plus forte (en raison de la nationalité française et du domicile conjugal, ainsi que la constitution d'une prévoyance par la femme en France) et le lien avec la Suisse plus faible (lieu de travail du mari frontalier en Suisse). Toutefois, la différence d'avec l'hypothèse de l'arrêt précédent n'était pas d'une importance telle qu'elle aurait mérité des choix opposés quant à la pertinence d'une dérogation fondée sur l'art. 15. Le point dominant qui relie les deux affaires est la constitution d'une prévoyance solide de la part du mari qui échappe entièrement à son épouse alors que la protection des femmes était l'objectif essentiel de l'introduction du partage du second pilier. Un point distinctif semble avoir été le fait que l'épouse s'était constituée une prévoyance en France, en sorte que l'ensemble des prestations de retraite des deux conjoints n'était pas exclusivement lié à la Suisse (consid. 4.3). Cependant, la prévoyance revenant à la femme a été prise en compte dans le calcul de la prestation compensatoire en France. L'inégalité de traitement entre les époux est donc patente, et elle joue en faveur de l'homme.

Pour finir avec un meilleur résultat, l'ex-épouse devra viser un complément de l'indemnité compensatoire française, prenant en compte le bénéfice complet de la prévoyance dont l'ex-mari était le bénéficiaire en Suisse. Elle n'aurait pas pu le demander en Suisse, faute de compétence, la matière relevant de l'entretien et donc de la Convention de Lugano. La question est réservée aux juridictions françaises compétentes.

La disparition de toute hypothèse d'application d'une loi étrangère à la prévoyance constitue l'occasion de dire adieu à la clause d'exception de l'art. 15 qui ne

trouve plus aucun cas d'application dans la jurisprudence. On se souvient en effet que la première hypothèse visait la loi nationale désignée par l'ancien alinéa 2 de l'art. 61, éradiqué lors de la même réforme de 2017 (ATF 118 II 79 ss, 83, RSDIE 1994 p. 292). Il n'y a pas de raison de le regretter, malgré ce que le monde académique en dit. Les juges sauront trouver des solutions par l'interprétation et le comblement de lacunes si la nécessité se fait sentir, retrouvant l'ancien arrêt *Cardo* qui avait frappé les esprits à l'époque (ATF 94 II 65 ss, 71, ASDI 1969/70 p. 259).

Divorce prononcé à Singapour en 2012, complété par le règlement des effets accessoires en 2013. Demande du mari en modification de son devoir d'entretien en Suisse, pays où l'ex-épouse s'est installée avec leur fils en 2012. Refus, compte tenu de l'imputation d'un revenu hypothétique que le débirentier aurait pu obtenir.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 3 décembre 2021, 5A_794/2020

L'ex-mari a voulu alléger ses charges, qui se sont alourdies dès son remariage en 2015. En 2017, il a démissionné de son emploi dans une banque du Singapour, pour aller vivre sans emploi avec sa nouvelle épouse au Japon. Devant les juridictions vaudoises, l'entretien de l'enfant a été adapté à la baisse et le montant et la durée de la pension en faveur de l'ex-épouse confirmés. Le Tribunal fédéral soutient celle-ci dans sa critique de l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, lui reprochant de ne pas avoir apprécié correctement ce que le débirentier aurait pu et dû faire pour retrouver un emploi au Japon après sa démission en 2017. Il résulte de l'analyse détaillée des manquements du débirentier à retrouver un salaire suffisant que la Cour cantonale est tombée dans l'arbitraire en refusant à imputer au débirentier un revenu hypothétique correspondant au salaire qu'il percevait au moment du divorce.

Enfants nés d'une gestation pour autrui dont la filiation d'intention n'est pas reconnue. Placement en vue d'adoption auprès des parents les ayant recueillis en Allemagne, suivi d'un nouveau placement auprès de tiers.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 7 janvier 2022, 5A_1080/2021

L'arrêt n'offre rien de plus qu'un regard plongeant dans le désastre dans lequel des enfants nés d'une mère porteuse peuvent tomber si l'accueil auprès des parents qui les ont désirés se termine mal. Dès l'arrivée des enfants, leur situation a été dénoncée à l'Autorité intercommunale de protection de Sion (par des bien-pensants dont il ne manque pas) qui les a placés auprès des mêmes époux. On compte environ mille enfants d'une telle origine qui sont exposés en Suisse à la fragilité de leur statut et dont les parents tentent de cacher la situation par peur de la chasse menée par les autorités sous l'instigation de l'Office fédéral de l'état civil. Les parents finissent alors souvent par se plier à engager une procédure d'adoption. En l'espèce, celle-ci a mal tourné et une année plus tard, les enfants ont été placés ailleurs, les parents devenus nourriciers

n'ayant plus le droit de leur rendre visite. Les époux recourants, comparaisant sans conseil, s'y sont mal pris, leurs motivations étant inconsistantes au point d'être d'emblée irrecevables. On ne peut donc distinguer le faux et le juste. Deux affaires sont pendantes au Tribunal fédéral dans la perspective d'un nouvel examen d'une jurisprudence que l'Office fédéral de l'état civil croit devoir imposer partout dans le pays, sans tenir compte de l'avis consultatif de la CEDH qui fixe un cadre très étroit pour refuser l'accueil d'enfants nés d'une mère porteuse auxquels les autorités fédérales entendent faire payer le prix de leur origine, alors qu'ils n'y sont pour rien. La guerre en Ukraine a permis de faire un pas en direction d'une approche humanitairement acceptable, en autorisant la venue immédiate des enfants en attente de visa dans la capitale de l'Ukraine. On attendra de voir avec quel ménagement l'Office fédéral de l'état civil assurera leur accueil en Suisse. Il aura de la peine à se retenir dans son combat, comme on en trouve une illustration dans le recours porté devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt du Verwaltungsgericht de Zurich du 14 mai 2020 que nous avons fait figurer dans la précédente Chronique (2021 p. 475), ignorant qu'il n'était pas encore entré en force.

Reconnaissance d'enfant valide en Suisse, mais non reconnue en Allemagne en l'absence du consentement de la mère. Demande du père à ce que la mère doive coopérer à la reconnaissance en Allemagne et, partant, à l'acquisition par l'enfant de la nationalité allemande. Refus.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 13 juillet 2021, 5A_722/2020

Dans un procès divisant un couple non marié, vivant séparés dans la région de Bâle, il se trouvait parmi de nombreux points litigieux relatifs à l'entretien et la garde de leur fille une question de droit international privé qui présente un intérêt dans les relations entre la Suisse et l'Allemagne. En effet, le père de l'enfant exige de la mère qu'elle coopère à la reconnaissance de l'enfant en Allemagne et consente à la demande que la nationalité allemande lui soit octroyée. Il s'est heurté à un mur d'incompréhension (consid. 4.2). Certes, une reconnaissance d'enfant a eu lieu en Suisse, parfaitement valable en vertu du droit suisse. Cependant, pour obtenir une telle reconnaissance en Allemagne, le consentement de la mère est nécessaire. Il semble bien qu'en Allemagne, la déclaration faite en Suisse n'ait pas été reconnue, ce qui s'est manifesté par le fait que l'enfant n'a pas obtenu la nationalité allemande, en plus de la nationalité espagnole de la mère. Le Tribunal fédéral répond au père que sa demande sert uniquement ses propres intérêts. L'argument de celui-ci selon lequel il devra ainsi entamer un procès en paternité en Allemagne ne l'aide pas davantage. La mesure sollicitée d'exiger de la mère de coopérer était ainsi sans fondement, n'ayant aucun rapport avec le bien de l'enfant. L'attitude de la mère relève manifestement de la pure obstruction. Le raisonnement est choquant : voudra-t-on alors dire, *mutatis mutandis*, que les milliers de parents qui sollicitent pour leurs enfants la nationalité suisse en sus de leur nationalité étrangère, le font dans leur pur intérêt personnel et non pour le bien de leurs

enfants ? L'unité du statut familial à travers les frontières est un droit fondamental et de l'homme ; il n'y a aucun intérêt légitime pour la Suisse à ne pas favoriser la reconnaissance, à l'étranger, d'un lien de filiation valide en Suisse et d'y associer l'acquisition de la nationalité.

Couple brésilien divorcé au Brésil en 2018. Avant le mariage en 2008, un enfant est né dont l'ex-mari de la mère voulait contester l'enregistrement à l'état civil effectué en Suisse en 2016, au motif de l'inexactitude de l'inscription sur l'acte de naissance brésilien d'une reconnaissance faite dans un document séparé.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 février 2022, 5A_822/2020

Pour trancher le litige, il fallait se pencher sur un acte de naissance établi tardivement, en 2017, et une reconnaissance d'enfant faite en 2013 qui y était annotée, mais qui figurait également dans le dossier. Pour le recourant, ces actes lui attribuaient un enfant dont il n'était pas le père. Le procédé de la transcription à l'état civil était suivi et décrit dans l'arrêt avec précision, rappelant que l'autorisation de l'enregistrement laissait ouverte la possibilité soit d'une rectification (art. 42 CC), soit d'une action en constatation de droit, sans parler de l'éventualité d'une contestation de la filiation ou de l'examen préalable dans le contexte d'un autre procès (art. 29 al. 3 LDIP). Les documents présentés comptaient parmi les actes admis par l'art. 73 LDIP. En droit brésilien, la reconnaissance d'enfant peut être établie par sa mention dans l'acte de naissance, même si celui-ci est établi plusieurs années après que la naissance de l'enfant ait déjà été déclarée une première fois (consid. 3.6). On notera le renvoi de l'arrêt à la valeur probante des actes d'état civil tels qu'ils étaient établis dans le pays de leur confection. On corrige ainsi un autre arrêt dans lequel on a vu dans un acte de naissance la preuve de la validité du mariage des parents (ATF 11.10.2017, 5A_655/2017, consid. 5, SRIEL 2018 p. 259). La question centrale était alors celle de savoir si l'ordre public suisse devait empêcher la reconnaissance d'une déclaration de paternité erronée, faite par le mari en sachant qu'il n'était pas le père biologique. Le Tribunal fédéral accepte l'approche de l'Obergericht d'Argovie mettant l'accent sur l'examen de l'ensemble des facteurs déterminants dans une perspective rétrospective (fondée sur les résultats). Compte tenu des liens de la famille avec le Brésil, il fallait privilégier l'unité de la filiation, ce d'autant que le père a attendu trois ans avant de faire valoir une volonté défailante. On ne pouvait croire sérieusement que l'on était dans une situation visant à contourner le droit de l'adoption.

Enlèvement d'enfant. Départ de la mère avec l'enfant de Londres afin de rendre visite à la grand-mère en Suisse. Déclaration de non-retour le lendemain, le 8 août 2020. Consentement du père par actes concluants. Rejet de la demande de retour déposée le 30 janvier 2021.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 30 août 2021, 5A_467/2021

L'espace des dates est important dans ce cas. Pendant les tractations qui ont eu lieu dès l'installation de la mère en Suisse dans le contexte du divorce, le père n'a jamais émis d'objection relative au déplacement de la résidence de l'enfant. Bien au contraire, il a adopté une attitude bienveillante à l'égard de l'enfant qui allait continuer sa vie en Suisse, acceptant par ailleurs la juridiction suisse pour statuer sur le divorce et en régler les effets. Ce n'est qu'après de nombreux mois que l'arme de la demande de retour a été lancée, visiblement dans le contexte du différend opposant les parents. Or, après avoir consenti au déplacement par actes concluants, le point de non-retour est atteint, s'agissant d'un droit formateur non révocable.