

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher*

Table des matières

- I. Gestation pour autrui en Géorgie
- II. Mesures protectrices concernant un enfant déplacé dans un autre Etat contractant aux Conventions de La Haye
- III. Enlèvements d'enfants
- IV. Mesures de protection concernant un adulte à l'étranger
- V. Arrêts en bref

I. Gestation pour autrui en Géorgie

Enfants nés d'une mère porteuse en Géorgie. Acte de naissance n'emportant pas la reconnaissance de la mère d'intention. Règle de conflit désignant le droit suisse. Principe *mater semper certa est*, appliqué à la mère porteuse. Adoption en Suisse comme seule issue.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 7 février 2022, 5A_545/2020, ATF 148 III 245 ss; 1^{er} juillet 2022, 5A_32/2021, ATF 148 III 384 ss

Dans deux arrêts rendus en 2015, portant sur la question de la reconnaissance d'arrêts rendus en Californie consacrant la filiation des parents d'intention, le Tribunal fédéral a mis l'accent sur l'interdiction de la maternité de substitution en droit suisse, qui pourrait être aisément contournée par des couples sachant que l'enfant en résultant serait ultérieurement reconnu en Suisse (ATF 141 II 312 ss, 338 ss, SRIEL 2016 p. 458). L'ordre public ne saurait autoriser une fraude à une interdiction érigée en Suisse dans l'intérêt de la morale, de l'intérêt public et de la dignité humaine. Il n'y aurait aucune place pour un assouplissement quelconque de cette position, tenant aux circonstances ou à l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier.

Dans les deux arrêts récemment rendus, concernant des enfants nés en Géorgie, le Tribunal fédéral procède à un nouvel examen à caractère général, visant cependant une hypothèse dans laquelle aucun jugement ou acte public n'a été rendu dans le pays du lieu de la gestation pour autrui, la Géorgie, la filiation des enfants nés dans ce pays étant ainsi analysée sous l'angle du droit suisse. Avant d'arriver à l'art. 68 LDIP, le

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

Tribunal fédéral devait clarifier deux aspects. En premier lieu, l'acte de naissance établi en Géorgie fournit certes la preuve de la naissance, mais il n'atteste pas d'un lien de filiation si un tel lien n'y est pas consacré avec un effet formateur selon la loi applicable à sa confection. Un tel acte jouit d'une valeur probante en Suisse, mais celle-ci ne va pas plus loin que les actes suisses analogues (cf. ATF 148 III 249–252 ; 148 III 388). Cela signifie que la filiation d'un enfant issu d'un tel mode de procréation, lorsqu'elle est attestée par un acte de naissance incluant uniquement la mention d'une filiation établie *ex lege*, doit être examinée en termes de droit applicable (art. 68 LDIP) et non sous l'angle de la transcription d'actes concernant l'état civil (art. 32, 70 LDIP). Un tel acte jouit d'une valeur probante en Suisse, mais celle-ci ne va pas plus loin que les actes suisses analogues. La filiation *ex lege* des enfants devait donc être examinée en termes de droit applicable (art. 68 LDIP) et non sous l'angle de la transcription d'actes concernant l'état civil (art. 32, 70 LDIP). Il fallait préciser, en second lieu, la résidence habituelle des enfants, fixée par l'art. 69 al. 1 LDIP, au moment de la naissance. Lorsque la naissance a eu lieu à l'étranger et que le séjour s'y prolonge pendant un certain temps, il semble raisonnable de situer la résidence habituelle dans le pays du retour de la famille, c'est-à-dire dans son pays d'ancrage, même s'il manque l'élément de la présence physique au moment déterminant. Cette solution est préférable à celle consistant à se replier sur une simple résidence, faute de mieux (ATF 148 III 252–254, consid. 6.2, 6.3.2).

Selon le droit suisse, désigné par l'art. 68 LDIP, le principe *mater semper certa est* se place en première ligne, avec pour effet que la mère ayant vécu la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant est considérée comme la mère juridique du point de vue suisse (cf. ATF 148 III 255 ; 148 III 384 ss, 391). Cela n'est manifestement pas satisfaisant, compte tenu du fait que les arrangements conclus entre les parents d'intention (vivant en règle générale en Suisse) et la mère d'emprunt prévoient normalement que celle-ci renonce ou est censée avoir renoncé, d'après sa loi, à toute prétention de type filiation ou autorité parentale. Le code civil de la Géorgie ne connaît pas le principe *mater semper certa est*, même pour les mères mariées (cf. art. 1189, 1191). Le principe *mater semper certa est*, au sens du droit suisse, aboutit ainsi à une filiation totalement fictive par rapport à une femme dont la qualité de « mère » ne correspond à aucun lien réel avec l'enfant. Celui-ci ne peut exercer aucun contact avec la femme qui lui a donné naissance. Tout au plus peut-il porter le nom de sa « mère » qui l'a mis au monde, sachant toutefois que celle-ci n'y tient aucunement et que l'enfant sera révolté le jour où il comprendra qu'il est ainsi rattaché à une femme avec laquelle il n'a aucun rapport quelconque. Dans ces conditions, l'attribution du nom en tant qu'élément de la personnalité n'a aucun sens.

Le principe *mater semper certa est* ne s'impose donc pas comme une évidence. Il le fait encore moins si l'on observe la jurisprudence. Il apparaît dans les arrêts de 2022 pour la première fois. Dans les deux arrêts californiens de 2015, il n'a pas été retenu, alors qu'il aurait pu l'être. Les nouveaux arrêts en soulignent que le statut de la mère

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

Si l'on voulait en rester au principe *mater semper certa est*, encore faudrait-il le faire de façon cohérente. Ce principe attribue la filiation maternelle exclusivement à la femme qui a accouché de l'enfant. Celle-ci devrait alors jouir, du point de vue suisse, de tous les droits découlant, en Suisse, d'un tel lien de filiation. Ce n'est pas ce que fait le Tribunal fédéral dans les arrêts concernant la Géorgie. Certes, la « mère » est enregistrée en cette qualité à l'état civil, mais elle ne jouit pas de l'autorité parentale qui lui revient d'après la loi tant qu'elle ne lui est pas retirée. Ces arrêts ne le disent pas explicitement, mais ils constatent que cette autorité revient exclusivement au père d'intention qui a reconnu ou qui pourra reconnaître l'enfant, en comptant sur le concours de la mère d'intention (ATF cité du 7.2.2022, consid. 8.6, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss, et l'ATF 148 III 397 s.). L'art. 298b CC est cité à l'appui de cette solution, qui devrait le cas échéant être ordonnée par l'autorité de protection des enfants; pourtant, une telle autorité exclusive du père sur un enfant sans mère n'y figure pas. La demande de pourvoir l'enfant d'un curateur *ad litem* a été rejetée au motif que les enfants étaient représentés par les parents d'intention, sans laisser apparaître le moindre conflit d'intérêts (consid. 1.6, respectivement consid. 1.5). C'est exact, certes, mais cela méconnaît complètement que selon le droit suisse, l'autorité parentale revient exclusivement à la mère d'emprunt, juridiquement titulaire sur le fondement du principe *mater semper certa est*. De plus est, si le père d'intention détient seul l'autorité parentale, les enfants devraient porter son nom de famille (art. 270a al. 1 CC) et non celui de la mère d'emprunt, comme cela a été admis (ATF cité du 7.2.2022, consid. 7.5). De même, on comprend fort bien que le centre de vie de l'enfant qui fonde sa résidence habituelle est rattaché au lieu de la vie familiale des

parents d'accueil (consid. 6), mais on anticipe ainsi une situation familiale dont on nie l'existence juridique (par rapport à la mère d'intention tout au moins) de par le rattachement de l'enfant à la mère d'emprunt en vertu dudit principe.

Procédant par une interprétation conforme au but et à l'objet de la loi, la jurisprudence devrait commencer par remettre le principe *mater semper certa est* à sa juste place, circonscrite à la qualité de la mère d'avoir donné naissance à l'enfant et de le reconnaître comme son enfant en droit. Le principe *mater semper certa est* puise ses origines dans l'intention du législateur de faciliter aux mères la constatation de leur maternité, les libérant du fardeau de devoir déclarer une reconnaissance de leur enfant, comme cela est connu de nombreux pays étrangers. Ce principe n'a manifestement aucun rôle à jouer lorsqu'il se présente en concours entre la mère d'emprunt ayant accouché et la mère d'intention qui a initié le processus avec son partenaire, en commençant par fournir ses propres gamètes ou ceux d'une tierce personne. En transposant ledit principe à la gestation pour autrui, on entame une démarche contradictoire au détriment de l'intérêt de l'enfant. En effet, imposer à l'enfant et à sa famille la maternité liée à la femme ayant accouché n'a aucun sens si l'on n'y attache aucun effet juridique au-delà du seul lien d'état civil, reconnu exclusivement du point de vue du droit suisse. La vie familiale de l'enfant qui est protégée en droit fondamental et en droits de l'homme (art. 8 CEDH) comprend le lien familial de fait. Or, ce lien existe manifestement avec les parents d'intention, alors qu'il est inexistant par rapport à la mère d'emprunt. A l'égard de celle-ci, l'enfant n'a aucune attache quelconque, en droit et en fait. L'enfant n'a aucun intérêt à ce que de tels liens lui soient imposés. Pour lui, comme pour les parents d'intention, le principe *mater semper certa est* n'a aucun sens. La filiation doit être conçue dans la durée et non comme un mode de pure transition. Rattacher la maternité au seul acte charnel de l'accouchement « ne paraît plus tenable » (Marie-Laure Papaux van Delden, L'influence de la CEDH en droit civil, RDS 2022 II p. 155–274, 236). La maternité de la mère d'emprunt doit céder devant la réalité des intentions vécues par les familles concernées.

De toute manière, le Tribunal fédéral a reconnu qu'il fallait s'aligner sur l'avis consultatif de la Cour EDH du 10 avril 2019 et offrir à la mère d'intention la possibilité d'établir sa filiation maternelle par un autre moyen, tel que l'adoption, à condition que celle-ci puisse être obtenue par une voie efficace et avec célérité (ATF cité du 7.2.2022, consid. 8.1, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss.; 148 III 394 s.). Aucune allusion n'est faite au sort de l'enfant au cas où l'adoption ne peut avoir lieu, faute de respecter une ou plusieurs conditions. Quoi qu'il en soit, quel est le sens du principe *mater semper certa est* si l'intérêt de l'enfant et de la famille d'intention exige qu'il soit anéanti dans ses effets par une adoption ? Pour la Cour EDH, « l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 42). Le droit au respect de la vie privée de l'enfant « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un

lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » (§ 46). La maternité que l'on croit pouvoir dégager dudit principe n'est donc jamais *semper certa*, étant donné qu'elle doit laisser la place à la filiation avec la mère d'intention au terme d'une période d'incertitude qui doit être « aussi brève que possible » (§ 49). Autant dire qu'une telle situation ne correspond en aucune manière au véritable sens et à l'objectif du principe *mater semper certa est*.

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

En effet, le barrage que l'on a cru apercevoir à l'art. 119 al. 2 lit. d Cst.féd. ne résiste pas au simple regard du texte. Comme le Tribunal fédéral l'avait noté, l'interdiction de la gestation pour autrui est dirigée vers des comportements en Suisse, sans ériger, en soi, un obstacle à la reconnaissance de filiations créées à l'étranger conformément à la loi locale (ATF 141 III 319, 339, 342). La disposition citée s'adresse d'ailleurs au législateur suisse qui n'a pas compétence pour régulariser des comportements ayant lieu en pays étranger ; il peut, certes, statuer sur les effets de tels actes en Suisse, mais la règle constitutionnelle n'est pas rédigée dans cette perspective, puisqu'elle se borne à utiliser le verbe « interdire » et l'adjectif « non autorisé » (« unzulässig »). Le reproche d'un contournement frauduleux d'une prohibition de droit constitutionnel suisse (ATF 141 III 322 s., 343) repose donc sur des bases bien fragiles. De toute manière, alors que les arrêts de 2015 insistaient tant sur la fraude à la loi suisse, l'arrêt de 2022 ne le fait plus. Car le principe *mater semper certa est*, que l'on entend appliquer à la mère d'emprunt en Géorgie, consacre également une gestation pour autrui non autorisée par la Constitution. Cette mère étant inscrite sur le registre suisse de l'état civil, la « fraude » est consommée.

Il sera difficile de construire par la voie jurisprudentielle une adoption « light » qui serve l'intérêt de l'efficacité et de la célérité du processus tel qu'esquissé par la Cour EDH et qui soit accessible aux parents d'intention auxquels le droit civil suisse n'offre pas, en l'état, la voie de l'adoption. Certes, dans un certain nombre de cas, le droit actuel de l'adoption peut servir à atteindre l'objectif des intentions des parents. Dans les affaires concernant la Géorgie, cela semble avoir été le cas, mais on aurait tort de généraliser cette observation. Affirmer, comme le fait le Tribunal fédéral, que la Cour EDH n'aurait pas posé d'exigence temporelle, laissant les autorités décider de

cas en cas (ATF cité, consid. 8.5, respectivement ATF 148 III 396), est inexact compte tenu de l'injonction claire que le processus d'adoption doit garantir l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 55), l'objectif étant que le lien de filiation de l'enfant puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé (§ 52). Les arrêts ne manquent pas de rappeler également cet objectif fondamental. Cependant, il est loin d'être certain que le processus suisse en vue d'adoption réponde aux exigences. Il suffit d'additionner la durée du lien nourricier d'un an (art. 264 CC) et celle de la procédure d'adoption proprement dite, comprenant une enquête et la confection de rapports d'évaluation de la situation familiale, pour comprendre qu'en règle générale, on est loin du compte (cf. Papaux, RDS 2022 II p. 237 ; Elena Brodeală/Marie-Hélène Peter-Spiess, Surrogacy and Same-Sex Parenthood before the European Court of Human Rights, SRIEL 2022 p. 397–419, 415–417). On a pu noter que cette exigence n'est manifestement pas respectée lorsque, dans une affaire concernant la Suisse (ATF 141 III 312 ss), toute possibilité de faire reconnaître le lien de filiation de manière définitive a été refusée durant plus de sept ans, l'enfant ayant ainsi été placé dans une incertitude juridique quant à son identité dans la société et privé de vivre et d'évoluer dans un milieu stable (Cour EDH, D.B., 22.11.2022, § 87–90).

On devrait songer également à l'éventualité d'une reconnaissance d'enfant par la mère d'intention comme un moyen approprié. Certes, le droit civil suisse ne connaît pas cette institution, comme l'observe le Tribunal fédéral (ATF cité du 7.2.2022, consid. 7.4.1, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss). Cependant, ce n'est pas entièrement exact. On notera d'abord que la LDIP ne fait pas de la reconnaissance d'enfant un acte réservé aux hommes (cf. art. 71–73). Malgré la disparition d'une disposition correspondante dans la version de l'OEC antérieure à 2004 (ancien art. 108), la Suisse doit offrir un instrument de forme afin de permettre aux mères de faire une telle déclaration, conformément à la Convention de la CIEC du 12.9.1962 (RS 0.211.222.1) et sans égard au fait que la filiation repose par ailleurs sur le principe *mater semper certa est*. La déclaration figure normalement sur l'acte de naissance (art. 1), mais elle peut être faite autrement dans chaque Etat contractant (art. 2 et 3). L'ordre public suisse ne s'y oppose pas. L'affirmation selon laquelle l'art. 73 LDIP ne connaîtrait pas une déclaration d'abandon de filiation est un peu court. Un tel acte est comparable à une contestation de la reconnaissance, qui est reconnue en Suisse si elle a eu lieu dans l'un des Etats mentionnés, en l'espèce l'Etat national de la mère d'emprunt. On aurait donc pu reconnaître la négation de toute reconnaissance de la filiation de la mère d'emprunt, telle qu'affirmée dans le contrat de gestation pour autrui conformément à la loi locale, et procéder avec la déclaration de la mère d'intention comme on l'a fait avec la reconnaissance du père. On rappellera d'ailleurs que le lien génétique n'est pas une condition de la reconnaissance d'enfant (cf. infra, ATF 22.7.2022, 5A_760/2021, acceptant une « reconnaissance socio-effective étrangère »).

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

Au désarroi que l'on constate dans le pays sur le sort peu respectueux que la jurisprudence réserve aux enfants nés dans des conditions qu'ils n'ont pas choisies, s'ajoute une pointe de maladresse dans le second arrêt du Tribunal fédéral, peu propice à une réflexion constructive en vue d'un avenir satisfaisant pour ces enfants que l'on compte par centaines. En effet, le Tribunal fédéral croit devoir adresser la leçon au législateur de s'engager à trouver des solutions appropriées. L'injonction se veut pressante : dans le premier arrêt, elle ne figure pas au Recueil officiel (consid. 8.7), dans le second arrêt, elle y apparaît (ATF 148 III 398). Or, le Tribunal fédéral s'est trompé : dès la parution du premier arrêt, le Conseil fédéral a pris les devants, en rappelant le 25 mai 2022, dans sa réponse à la Motion n° 22.3382, que la problématique évoquée dans l'ATF du 7 février 2022 devait être incluse dans l'examen, en tenant compte du plaidoyer du Tribunal fédéral « pour une application généreuse et pragmatique des conditions de l'adoption dans de tels cas, afin que le lien de filiation avec les parents souhaitant adopter puisse être établi rapidement ». On peut reprocher au législateur sa lenteur, mais non son ignorance. Au demeurant, on pourrait également rétorquer au Tribunal fédéral qu'eu égard à la lacune de la loi, il lui appartient de forger des solutions en faisant « acte de législateur » (art. 1 al. 2 CC).

Ici comme ailleurs, la Suisse devrait veiller à ce qu'elle ne soit pas débordée par des événements venant de l'extérieur. Certes, il est complètement illusoire de compter sur les résultats de la Conférence de La Haye (malgré ce que le Tribunal fédéral en dit, ATF 141 III 320 ; 148 III 308) qui, après plus de dix ans, n'a toujours pas progressé au-delà de réflexions d'experts qui étalent leur imagination, sans esquisser des perspectives de solution. Les tribunaux suisses subiront l'impact de la jurisprudence de la Cour EDH qui indique la direction à prendre dans le sens du respect de la filiation d'intention des enfants qui ne doivent pas subir des sanctions résultant du comportement des parents. Finalement, il n'est pas impossible que l'Union européenne va sonner la marche : le projet de règlement sur la parentalité en droit international privé, préparé par la Commission (COM[2022]695 du 7.12.2022), prévoit que la fi-

liation soit régie par la loi de la résidence habituelle de la personne qui lui donne naissance à ce moment-là (art. 17 par. 1). Se référant expressément à l'avis consultatif de la Cour EDH (n° 18), la Commission affirme que l'enfant doit jouir de son statut sans égard aux circonstances de sa conception et de sa naissance et sans égard au type de famille dans laquelle il se trouve intégré (n° 21), sans aucune discrimination (n° 56). Le rappel de ces principes souligne le poids de cette position en vue du respect et de la protection des enfants, qui en jouiront à travers les principes de la libre circulation des personnes et, en conséquence, de l'accord régissant la matière entre l'UE et la Suisse. Cela dit, l'inspiration morale et politique d'empêcher des naissances à travers une gestation pour autrui mérite certes le respect, exprimée avec force dans la Déclaration de Casablanca du 3 mars 2023, mais elle ne doit pas se prolonger au point d'affecter la vie de l'enfant.

II. Mesures protectrices concernant un enfant déplacé dans un autre Etat contractant aux Conventions de La Haye

Epoux ayant vécu en Suisse et en Italie jusqu'à la rupture suivie du déménagement de la mère avec l'enfant à Milan. Compétence non assortie de la « *perpetuatio fori* », mais conservée en raison d'un enlèvement illicite, dans l'attente de la résolution de la question du retour. Départ illicite de la mère non assorti de sanctions en droit civil suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 12 décembre 2022, 5A_591/2021, 5A_600/2021

Dans un monde de mobilité croissante, des déménagements d'un parent avec les enfants font de plus en plus souvent l'objet d'une controverse sur le tribunal compétent pour déterminer les conséquences dans les relations entre l'enfant et le parent qui a dû le voir s'éloigner de lui. La matière étant régie dans les relations internes par l'art. 301a CC dont la jurisprudence a fini par clarifier les contours, la problématique se complique lorsque le déplacement a lieu au-delà des frontières, mettant en plus en jeu les règles de compétence de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, dans certains cas sans faire face au cas extrême d'un enlèvement illicite. En l'espèce, le fils du couple né en 2013 a vécu avec ses parents en transitant souvent entre l'Italie et la Suisse, apparemment sans que l'on puisse reconnaître un ancrage durable dans l'un de ces pays. Finalement, une séparation plutôt brutale s'est produite en Suisse fin 2018, suivie du déménagement de la mère avec l'enfant dans une perspective à long terme à Milan en septembre 2019. L'arrêt cantonal rendu à Schwyz a attribué la garde au père au motif que la mère était partie avec l'enfant à l'étranger sans lui demander son avis. L'argument n'a pas convaincu le Tribunal fédéral qui a remis la garde à la mère, comme l'avait ordonné auparavant le tribunal de district de la March.

La question de compétence soulevée en l'espèce est régie par la Convention de 1996. Le Tribunal fédéral rappelle, ce qui ne se fait pas si souvent, que la compétence est réglée par des dispositions impératives que le juge examine d'office (consid. 2.3). Lorsque l'enfant accompagne dans le déplacement depuis son domicile le parent principalement chargé de sa garde (« hauptbetreuender Elternteil »), il faut partir d'un déplacement simultané de la résidence habituelle de l'enfant. Cela entraîne l'incompétence des autorités du lieu de la résidence antérieure, qui sera exercée dorénavant par celles de la nouvelle résidence, la « perpetuatio fori » n'étant pas applicable (consid. 2.4).

Le point central de l'analyse porte sur l'impact de l'exception de l'art. 7. Cette disposition retient la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant avant son départ et consacre ainsi une exception au transfert de compétence selon l'art. 5 al. 2. Etroitement calquée sur le régime de l'enlèvement d'enfants, l'exception suppose à la base un déplacement ou un non-retour illicite de l'enfant (art. 7 al. 1), comme il est défini à l'art. 3 de la Convention sur l'enlèvement d'enfants de 1980 (art. 7 al. 2). Le Tribunal fédéral y voit un système formant un ensemble unique (« in sich geschlossenes Ganzes »), étant donné que l'art. 7 retient la compétence des autorités du pays de départ, tandis que l'art. 16 de la Convention enlèvement empêche l'autorité du pays de refuge de statuer sur la garde (consid. 2.4.1). Le mécanisme de la Convention de 1980 s'intercale dans ce système, facilitant le retour de l'enfant enlevé illicitement dans le pays de sa résidence antérieure.

Le retour de l'enfant selon la Convention de 1980 doit être demandé dans le pays dans lequel l'enfant a été amené (art. 12 al. 1). En attendant la décision sur le retour, la compétence pour statuer sur le fond de la garde selon l'art. 5 al. 2 demeure, mais uniquement dans les limites des conditions fixées par l'art. 7. Celles-ci supposent que l'enfant ait acquis entre-temps une résidence habituelle dans un autre Etat (normalement celui du nouveau domicile du ravisseur). La compétence conservée selon l'art. 5 al. 2 et l'exception de l'art. 7 est cependant perdue si, dans des conditions définies de façon difficilement à lire, l'enlèvement a été approuvé par la personne chargée de la garde (lit. a), ou si, après avoir pu localiser l'enfant dans le pays de refuge, pour une période d'au moins un an, « aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu » (lit. b). Cette dernière condition est normalement réalisée, étant donné que l'on vise un enfant ayant déplacé sa résidence habituelle dans le nouveau pays. Dans la pratique, la question décisive est dès lors de savoir si une demande de retour a été formulée dans le délai d'un an de résidence de l'enfant et, dans l'affirmative, si elle est encore en cours d'examen. Inversement, si une telle demande n'a jamais été déposée ou si elle l'a été mais sans succès, le barrage (« Sperrwirkung ») de la compétence dans le pays de la résidence antérieure cesse de produire ses effets. En l'espèce, cette seconde hypothèse était réalisée, le père n'ayant jamais introduit en Italie une demande de retour. Par conséquent, le Kantonsgericht de Schwyz n'était pas compétent lorsqu'il

a rendu son arrêt du 21 juin 2021, presque deux ans après le départ de l'enfant en début septembre 2019 (cf., de même, l'ATF 7.11.2022, 5A_722/2022, consid. 2.2). En revanche, le Bezirksgericht March, lorsqu'il a rendu son arrêt du 28 janvier 2020, était encore compétent (attribuant la garde à la mère) en vertu de l'art. 7 al. 1 et du fait de l'enlèvement illicite commis par la mère, conservant l'exception de la « *perpetuatio fori* » selon l'art. 5 al. 2.

Dans son long considérant 2.4.1, le Tribunal fédéral aborde encore la question de savoir si la procédure engagée en Suisse et tendant à des mesures protectrices de l'union conjugale ne pouvait pas inclure une demande de retour de l'enfant en tant que mesure de protection de l'enfant, en marge de la procédure régie par la Convention enlèvement de 1980 (exigeant en l'espèce le dépôt en Italie de la demande de retour). La réponse prend comme point de départ un arrêt antérieur dont il conviendrait de faire disparaître les malentendus qu'il était susceptible de provoquer (ATF 16.11.2020, 5A_105/2020, SRIEL 2021 p. 494). Il est vrai qu'en raison de sa rédaction confuse, des clarifications étaient bienvenues, mais son contenu véritable n'est néanmoins pas aussi médiocre que le Tribunal fédéral le décrit. Il est admis qu'en cas de départ d'un enfant vers un Etat non contractant (l'Algérie en l'espèce), le principe de la « *perpetuatio fori* » ne s'efface pas, ce qui signifie que la compétence à l'endroit de la résidence habituelle antérieure en Suisse est conservée malgré le départ de l'enfant. En revanche, l'arrêt cité est critiqué en ce qu'il affirmait que l'action en modification du jugement de divorce, déposée en Suisse, était comprise, « dans sa fonction », comme incluant une demande en retour de l'enfant au sens de l'art. 7 de la Convention de 1996. Cette conclusion était erronée du fait qu'une demande de retour visée par l'art. 7 al. 2 est une demande fondée sur la Convention de 1980 et déposée dans l'Etat vers lequel l'enfant a été déplacé.

La critique du Tribunal fédéral est cependant également erronée lorsque celui-ci affirme que le juge suisse ne disposerait d'aucune possibilité pour ordonner le retour d'un enfant se trouvant dans un autre Etat (« ... der Schweizer Richter hat keine Möglichkeit, in verbindlicher Weise die Rückführung eines in einem anderen Staat befindlichen Kindes anzuordnen »). Certes, si cela était possible, cela ne deviendrait pas une procédure correspondant dans sa fonction à un retour au sens de la Convention de 1980. Cependant, le retour d'un enfant de l'étranger vers la Suisse peut prendre une autre forme, en règle générale à travers l'inclusion dans l'ordre de rétablir la garde du parent suisse auquel l'enfant a été illicitement retiré. Cela constitue sans aucun doute une mesure de protection selon l'art. 3 de la Convention de 1996, question que le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas posée. Le nouvel arrêt met l'accent sur l'art. 301a CC qui interdirait une telle mesure, étant donné que l'émigration d'un parent avec l'enfant et sans l'accord de l'autre parent ne serait assortie d'aucune sanction en droit civil (« ... zivilrechtlich sanktionslos bleibt ... »); le législateur aurait voulu façonner cette norme sans sanction (« ... die Norm wurde vom Gesetzgeber bewusst sanktionslos ausgestaltet. »). Cela voudrait dire que même si la Convention

consacre une compétence pour ordonner une mesure au lieu de la résidence initiale d'un enfant enlevé vers un Etat non contractant, le droit suisse applicable en vertu de l'art. 15 n'autoriserait pas une restitution de garde équivalant à un retour de l'enfant. Cela est faux.

Aux défauts de l'arrêt du 16 novembre 2020 s'ajoute ainsi la présentation erronée de l'art. 301a CC dans ce nouvel arrêt, qui ignore complètement la jurisprudence sur les conséquences que peut produire un déménagement non autorisé d'un parent avec son enfant, en Suisse ou vers l'étranger, comme il méconnaît que le Tribunal fédéral a adopté la position que le non-respect de l'art. 301a CC peut entraîner une « sanction indirecte ».

L'arrêt du 6 novembre 2017 (ATF 144 III 10 ss) est cité, mais il l'est comme s'il n'avait pas été lu. Il rappelle que l'art. 301a al. 2 CC n'offre pas de moyen d'empêcher effectivement un départ sans droit d'un parent avec son enfant, ni une possibilité d'inverser la situation (ATF 144 III 13, consid. 5). L'arrêt ajoute cependant deux conclusions importantes: en premier lieu, il est possible d'envisager une nouvelle attribution de la garde afin de revenir sur un départ abusif du principal gardien de l'enfant, ce qui suppose que l'autre parent soit mieux apte à fournir un accueil adéquat à l'enfant et qu'il est disposé et capable de lui fournir des soins correspondant à ses besoins (ATF 144 III 13 s., consid. 5). Selon la jurisprudence, il s'agit là de la « sanction indirecte » dans le contexte de l'art. 301a CC, méconnue dans le nouvel arrêt qui se borne à affirmer que l'art. 301a serait « sanktionslos ». Un autre arrêt récent le rappelle: « une 'sanction indirecte' est possible par un transfert de la garde à l'autre parent pour autant que les conditions d'une telle attribution soient remplies » (ATF 21.2.2023, 5A_712/2022, consid. 3.3).

En second lieu, l'arrêt de 2017 constate qu'indépendamment de l'art. 301a CC, le juge peut ordonner une instruction aux parents concernant le lieu de résidence de l'enfant, constituant une mesure de protection de l'enfant fondée sur l'art. 307 CC (ATF 144 III 14). Elle suppose que le développement de l'enfant soit menacé et elle ne se justifie qu'à titre exceptionnel. Dans l'espèce tranchée dans l'arrêt du 12 décembre 2022, ces conditions ne semblent pas avoir été remplies, malgré le comportement contraire à l'art. 301a CC de la mère. Le point important est cependant qu'une telle décision de réattribution de l'enfant au parent lésé et resté en Suisse est possible et qu'elle ouvre une perspective de soutien aux démarches entreprises dans des Etats non contractants de la Convention de La Haye.

La méconnaissance de cette problématique est inquiétante. On connaît des centaines de familles en Suisse dont des enfants ont disparu dans des pays lointains, non liés par le régime de La Haye, que les autorités suisses et plusieurs ONG s'efforcent de récupérer pour les ramener en Suisse. On imagine leur déception en lisant le Tribunal fédéral dire, dans le Recueil officiel, qu'un tel départ forcé doit rester sans sanction en Suisse, au point que les tribunaux suisses ne doivent pas s'en préoccuper. Plus concrètement, cela veut aussi dire que nos tribunaux seraient dépourvus de moyens pour

ordonner un tel retour et soutenir ainsi les démarches auprès des autorités dans les pays où ces enfants sont cachés. Cela ne correspond pas à la politique soutenue par les autorités fédérales, qui n'a pas mérité d'être contrariée par le Tribunal fédéral.

Un autre arrêt récent n'offre pas une meilleure compréhension de la situation (ATF 16.1.2023, 5A_956/2022). Lorsqu'un déplacement illicite a eu lieu, le processus de correction de la Convention de 1980 peut être mis en place, ce qui suppose le dépôt d'une demande de retour qui devait en l'espèce avoir lieu en France. Mal conseillé, le père lésé l'a déposée à Genève, ce qui empêchait la mise en œuvre de la Convention sur l'enlèvement. L'illicéité du déplacement résultait du non-respect de l'art. 301a al. 2 CC. Pour le Tribunal fédéral à nouveau, une mesure ordonnée à Genève en vue du retour de l'enfant était inconcevable du fait que « l'art. 301a CC ne prévoit aucune sanction civile » (consid. 3.2). La compétence *ratione loci* à Genève aurait pu se fonder sur l'art. 7 al. 1 de la Convention de 1996, si une demande de retour avait été adressée aux autorités françaises, ce qui n'était pas le cas. Le litige ayant été articulé comme une demande de retour, il fallait conclure à l'incompétence des tribunaux genevois, le requérant étant renvoyé à agir en France. La question d'une nouvelle attribution de la garde, en conséquence du non-respect de l'art. 301a al. 2 CC, sous la forme d'une « sanction indirecte » ou d'une mesure protectrice consécutive au déplacement illicite, n'est pas posée. Mieux que l'arrêt du 12 décembre 2022, cet arrêt du 16 janvier 2023 laisse apparaître un contraste : le non-respect de l'art. 301a al. 2 CC est dépourvu de sanction et n'offre donc aucune perspective de retour de l'enfant (si on en croit ces deux arrêts, incompatibles avec l'ATF 144 III 13 s.) en matière interne et dans les relations avec les Etats non contractants des Conventions de La Haye de 1980 et 1996, tandis qu'il déclenche le mécanisme de retour de la Convention de 1980 entre les Etats contractants dès lors que le non-respect de l'art. 301a al. 2 CC constitue un cas de déplacement illicite selon la Convention.

La question va encore un jour se poser, à savoir s'il est correct de déduire du non-respect de l'art. 301a al. 2 CC la conclusion que le départ du parent avec l'enfant est « illicite ». Si l'on entend persévérer dans la thèse que cette disposition ne serait assortie d'aucune sanction, comment affirmer l'illicéité du défaut de son observation si cet acte n'entraîne aucune conséquence (en termes de sanction) et se révèle ainsi un exercice de complète liberté ? On fera en sorte que l'interprétation n'aille pas aussi loin. Mais cela mériterait le soutien par une rédaction plus attentionnée des arrêts du Tribunal fédéral.

III. Enlèvements d'enfants

Enfants enlevés par leur mère de l'Italie vers le Tessin. Faible intérêt du père à les revoir. Refus de tenir compte du jugement italien attribuant l'autorité parentale à la mère. Renvoi des enfants à proximité de l'autre côté de la frontière.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 21 mars 2022, 5A_96/2022

La rigueur du système de la Convention de 1980 est particulièrement pesante lorsqu'une affaire présente plusieurs éléments dont chacun laisse surgir des doutes quant à l'opportunité du retour d'un enfant qui apparaît malgré tout inévitable.

Le premier signe est la lenteur du père à venir réclamer le retour de deux enfants de 5 et 9 ans, enlevés par leur mère en Italie le 6 août 2020 pour emménager avec eux au Tessin. Le père a attendu jusqu'à deux jours avant l'échéance du délai d'un an selon l'art. 12 al. 1 pour déposer une demande de retour auprès du Tribunale d'appello du Tessin. Dans de telles situations, on peut normalement partir de l'idée que la demande de retour vise bien plus à punir le conjoint qu'à s'intéresser aux enfants. Cependant, le délai est ce qu'il est; tant qu'il n'est pas dépassé, on ne peut s'opposer au retour au motif que les enfants se seraient intégrés dans la vie du pays de refuge. La Cour cantonale l'a accepté, notant cependant que cette circonstance devait être un facteur important dans l'examen des motifs d'opposition au retour selon l'art. 13 (consid. 3.2). Le Tribunal fédéral ne l'a pas suivie.

Le père n'est pourtant pas resté immuable. Sitôt les enfants partis avec leur mère, il a déposé une plainte pénale pour soustraction d'enfant en Italie et engagé une procédure sur l'attribution de la garde des enfants. Même si son comportement laissait apparaître un certain désintérêt pour les enfants, les démarches entreprises en Italie et les messages envoyés à la mère ne permettaient pas de conclure qu'il aurait acquiescé au départ des enfants (consid. 4.2). La mère avait beau dire que son mari ne faisait pas valoir son opposition au transfert des enfants au Tessin, le Tribunal fédéral lui a répondu qu'elle ne s'était pas préoccupée de faire la démonstration de ses allégations (consid. 4.3). La maxime d'office illimitée n'a pas été appliquée, ni même mentionnée; elle aurait pourtant exigé un examen plus serein.

Tout dépendait alors du risque d'un danger intolérable auquel les enfants seraient exposés en cas de retour en Italie (art. 13 al. 1 lit. b). L'arrêt cite longuement le Message sur l'art. 5 LF-EEA, relevant en particulier que le motif du parent ravisseur qui expose qu'il ne pourra pas prendre soin des enfants à leur retour doit être fondé sur des circonstances impérieuses et non de simples affirmations (consid. 5.1). Fidèle à une rédaction répétée d'année en année sans réflexion, l'arrêt ajoute que la question relative au retour intolérable concerne les enfants et non les parents, de telle manière que les enfants âgés de plus de deux ans doivent supporter une séparation avec leurs parents. Le raisonnement est incompatible avec l'art. 5 lit. b, ce d'autant plus qu'il est fondé sur un ancien arrêt (ATF 130 III 530 ss) rendu en 2004 dans l'affaire W. dont le législateur voulait précisément se distancer (cf. FF 2007 p. 2463).

L'examen concret de la situation devait aboutir pour la Cour cantonale à la conclusion que le renvoi des enfants en Italie serait contraire à leur intérêt (« contrario al loro benessere »), compte tenu de la longueur de leur séjour au Tessin et de leur intégration dans la vie locale ainsi que leur scolarisation, circonstances auxquelles il

fallait ajouter le peu d'intérêt manifesté par leur père pour leur rendre visite et s'en occuper, laissant ses enfants parfois pendant de longs mois sans nouvelles, générant des doutes sérieux sur la sincérité de sa demande de retour (consid. 5.2). Pour le Tribunal fédéral, les circonstances énumérées par la Cour cantonale sont exceptionnelles et ne peuvent convaincre. Dans l'esprit de la Convention, le retour des enfants doit répondre à leur intérêt, comme le constate le Préambule. L'intégration des enfants dans leur nouveau milieu n'était pas décisive, ce facteur ne pouvant jouer un rôle qu'en cas de dépassement du délai d'un an (art. 12 al. 2 ; consid. 5.5.2). L'attitude du père, jugée passive et contradictoire par la Cour cantonale, ainsi que ses difficultés économiques, ne représentaient pas des signes du risque d'un danger grave pour les enfants (consid. 5.5.3). Il est difficile de porter un jugement sur ces explications qui représentent de simples affirmations superficielles. L'intégration de l'enfant dans son milieu de vie n'est de loin pas limitée à la seule disposition de l'art. 12 al. 2. Dans un arrêt du 11.9.2020, le Tribunal fédéral en a fait une considération générale, approuvant le raisonnement de la cour cantonale pour n'avoir pas violé l'art. 13 de la Convention et l'art. 5 LF-EEA, étant donné qu'elle a dûment pris en considération « l'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial » (5A_643/2020, consid. 6, SRIEL 2021 p. 481). De même, l'intégration scolaire et sociale de l'enfant en Suisse est un facteur à prendre en compte dans le contexte de l'art. 13 al. 2 (cf., notamment, les ATF 30.11.2016, 5A_709/2016, consid. 5.5.2, SRIEL 2017 p. 230 ; ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, consid. 4, SRIEL 2019 p. 309).

De surcroît, si l'on fait abstraction de prétendues contraintes de procédure, le raisonnement du Tribunal fédéral est vide de sens. La mère faisait valoir, en effet, que dans la procédure en cours en Italie, de fortes indications laissaient penser qu'elle obtiendrait seule l'autorité parentale sur les enfants. Dans sa duplique, elle produisait le jugement rendu en ce sens le 10 mars 2022, à peine deux semaines avant le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral. S'agissant d'un *nova*, le Tribunal fédéral n'en a pas tenu compte (consid. 5.5.3), exposant cependant l'absurdité de la situation par le conseil donné à la mère de demander au Tribunale d'appello du Tessin de faire modifier l'arrêt de renvoi des enfants rendu par le Tribunal fédéral (consid. 8). Donc, de l'avis du Tribunal fédéral, les enfants ne devaient pas, en définitive, retourner en Italie. On se souvient d'une autre affaire qui y ressemble, un premier arrêt (sans *nova*) ayant été suivi d'un second, en modification, portant sur la même question, l'opinion de l'enfant (cf. ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, consid. 3.1 ; 19.4.2017, 5A_149/2017, consid. 5, SRIEL 2017 p. 233).

Les Juges avaient les moyens de s'y prendre autrement. En premier lieu, l'allégation de la mère quant à l'issue probable du procès en Italie, dont le sérieux n'était pas contesté, aurait dû donner lieu à un sursis à statuer, au moins pour une courte durée (cf. ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 6). Cela n'enlève pas l'obstacle de la prohibition des *nova*. En principe, lorsqu'un acte d'instruction supplémentaire s'impose, l'affaire est renvoyée à l'instance cantonale afin qu'elle procède en conséquence. Cela

aurait pu se faire aisément en l'espèce, ce d'autant que le Tribunal fédéral a conseillé à la mère de retourner devant la même instance pour faire modifier l'arrêt fédéral. Mais surtout, la prohibition de *nova* étant une simple règle de procédure, elle ne doit pas empêcher le Tribunal fédéral de rendre impossible l'application du droit matériel (cf., dans le sens d'une telle démarche, parfaitement possible dans le contexte de la LTF et de l'exigence d'urgence de la Convention : ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, consid. 3.6 et 3.7, RSDIE 2012 p. 301 ; ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, consid. 4, AJP 2020 p. 385). En effet, du moment que le Tribunal fédéral entendait renverser l'arrêt cantonal, il devait respecter, pour ce faire, les dispositions de l'art. 10 LF-EEA sur la collaboration internationale ; cela aurait permis d'obtenir des renseignements précieux et fiables sur l'issue probable de la procédure italienne sur la garde. Au lieu de cela, ignorant l'art. 10, le Tribunal fédéral entendait imposer aux enfants un aller-retour dont il dit par ailleurs qu'il faut l'éviter, comme l'avait déjà noté le Message (cf. FF 2007 p. 2463 ; de même ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3, SRIEL 2019 p. 311).

La problématique des *nova* inspire au Tribunal fédéral une autre bizarrerie : le père ayant déposé plainte pénale en Italie, le retour des enfants ne saurait se faire en compagnie de la mère si cette plainte n'était pas levée auparavant. Il s'agit d'une condition dont la réalisation est indispensable si l'on entend conclure que les enfants ne courent aucun risque grave en cas de retour en Italie (consid. 6.2). Or, le Tribunal fédéral ordonne le retour sans procéder lui-même à cette vérification, s'agissant d'un *nova*. Le dispositif sur le retour est donc prononcé sans avoir pleinement appliqué l'art. 13 de la Convention. Le contrôle de cet élément manquant est confié à la Chambre de protection du Tribunale d'appello qui devra ainsi procéder à un acte pour lequel aucune compétence ne lui est attribuée, s'agissant d'une condition de fond selon l'art. 13 et non d'un simple acte d'exécution, ce d'autant plus que cela peut donner lieu à une controverse dégénérant en litige. La rédaction du dispositif n'est pas correcte non plus : la Chambre doit s'enquérir du retrait des plaintes, mais l'ordre de retour adressé à la mère n'est pas subordonné à cette condition suspensive.

Pour conclure, on n'en a pas fini avec les absurdités : non seulement, le Tribunal fédéral conseille à la mère de faire modifier l'arrêt à la première occasion (consid. 8), afin de conserver la scolarisation des enfants au Tessin, mais en plus, il renvoie les enfants juste pour quelques kilomètres au-delà de la frontière suisse, de telle manière que la mère puisse conserver sa place de travail et les enfants continuer la même école. Cela est absurde, mais pour le Tribunal fédéral, cela n'est pas source d'un danger grave pour les enfants (consid. 5.5.5). Pourtant, une telle absurdité confine à l'arbitraire que l'on ne saurait imputer à la Convention.

Enfant enlevée par sa mère de la France en Suisse. Père réclamant le retour de l'enfant alors qu'il s'était à peine occupé de sa fille. Risque d'une situation intolérable pour l'enfant en cas de retour sans conserver un accès aisé et direct avec sa mère, son parent référent.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 1^{er} décembre 2022, 5A_850/2022

Les parents non mariés se sont séparés aux alentours de la naissance de leur fille, en juillet 2019. Domiciliés en France voisine dans un premier temps, avec de chaque côté d'autres enfants encore, la mère a déménagé avec l'enfant du couple et deux autres enfants en Suisse, le 16 septembre 2021. Un nombre considérable de procédures protectrices ont eu lieu en France et finalement encore en Suisse, culminant le 23 août 2022 par une demande en retour devant la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois. La Chambre a rejeté la demande de retour le 17 octobre 2022, ce que le Tribunal fédéral a confirmé.

Après avoir lu le rappel des généralités répétées comme un mantra (consid. 3.2.1), on est frappé en bien par l'approche directe de l'analyse de la situation. Il y est dit que selon la Cour, le lien unissant le père à sa fille était ténu, voire inexistant, en comptant guère plus de quelques heures de visite, de telle sorte que la mère était la « figure d'attachement » et le parent de référence de la fillette. Compte tenu de ces circonstances, il était indéniable qu'un retour auprès de son père constituerait un bouleversement énorme pour une enfant si jeune et en plein développement, risquant hautement de créer un traumatisme lié à la séparation d'avec sa mère et de la menacer dans son développement tant psychique que social.

En l'espèce, on ne pouvait exiger de la mère de raccompagner l'enfant en France, vu les plaintes pénales dirigées à son encontre par le recourant pour non-représentation d'enfant et le risque de détention qu'elles impliquent. En conclusion, « à défaut de lien solide entre le recourant et sa fille, il apparaît essentiel que celle-ci puisse avoir un accès aisé et direct à sa mère, qui reste incontestablement son parent référent » (consid. 3.2.4.1). La faiblesse des liens avec le père était ainsi telle que l'on ne s'est pas posé la question de savoir si le père ne pouvait pas retirer les plaintes à l'encontre de la mère afin de lui permettre d'accompagner l'enfant dans son retour en France.

Face à cette situation déplorable des relations entre la fille et son père, celui-ci ne pouvait compter sur son objection selon laquelle en refusant d'ordonner le retour de l'enfant, la cour cantonale aurait statué sur la garde, alors que non seulement cette compétence ne lui appartenait pas, mais que cette question avait de surcroît déjà été tranchée par les autorités françaises, fixant la résidence de l'enfant auprès de son père.

L'arrêt démontre que pareille argumentation est trop courte et que l'examen du risque grave de devoir subir un préjudice intolérable rend indispensable un regard sur le fond de la garde exercée par chacun des parents à l'égard de leur enfant, offrant ainsi un reflet réel du bien de l'enfant qui doit être au centre de cette analyse. Cela ne signifie nullement qu'il y ait lieu de confondre l'objection au retour selon l'art. 13 al. 1 lit. b avec la question de l'attribution de la garde, mais simplement que cette problématique exerce un impact sur l'analyse des risques et perspectives de danger qui font l'objet de cette disposition centrale de la Convention.

Au regard de cette analyse encourageante pour une application saine de la Convention, on oubliera les affirmations répétitives selon lesquelles une séparation entre l'enfant et sa personne de référence ne constituerait pas à elle seule une cause de

refus du retour pour des enfants de plus de deux ans et que l'on ne saurait laisser le parent ravisseur invoquer la mise en danger de l'enfant alors qu'il a créé lui-même une situation intolérable pour l'enfant (consid. 3.2.1.2). Il semble bien que les greffiers ont reçu pour instruction de ressasser ces platitudes, dégagées d'arrêts rendus avant l'entrée en vigueur de la LF-EEA et donc dépassés, dans chacun des arrêts dont ils sont censés assumer la rédaction, avec un aveuglement qui les laisse ignorer que le cas particulier soumis au jugement est fondé sur des considérations totalement étrangères à ces vieux schémas. En effet, en l'espèce, l'enfant était âgé de plus de trois ans, et sa mère ravisseuse plaidait courageusement pour la protection de ses intérêts.

IV. Mesures de protection concernant un adulte à l'étranger

Non-retour d'un adulte incapable amené en Turquie. Résidence habituelle en Turquie. Incompétence des autorités suisses qui avaient ordonné une curatelle auparavant.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 27 avril 2022, 5A_226/2021

Une dispute divise les sœurs de leur frère complètement incapable quant à son lieu de séjour. Placé sous curatelle générale en Suisse, l'une des sœurs a accompagné son frère dans leur patrie en Turquie, auprès d'une autre sœur, en janvier 2020. Des démarches auprès d'autorités suisses afin de désigner un curateur particulier et d'obtenir le retour du frère enlevé en Turquie n'ont pas abouti, même devant le Tribunal fédéral. Une première partie de la controverse portait sur la résidence habituelle. Compte tenu du temps passé depuis le départ en Turquie, le centre de vie devait se trouver en Turquie, en suivant une jurisprudence constante qui s'applique également à des personnes sans l'exercice des droits civils et incapables de discernement (consid. 3.4.1). La compétence pour prendre des mesures était donc, selon l'art. 5 al. 1 de la Convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes, celles des autorités turques, qui s'étaient déjà manifestées. La question d'une « *perpetuatio fori* » ne pouvait se poser, ce d'autant plus que lors du non-retour de la Turquie, aucune procédure de protection n'était en cours en Suisse. Une compétence des autorités suisses fondée sur la nationalité n'était pas d'actualité (art. 7), ne serait-ce que du fait qu'aucune démarche au soutien d'une telle intervention n'avait été entreprise (consid. 3.4.3). La question du maintien de la curatelle instaurée en Suisse n'était pas d'actualité non plus puisque l'intéressé avait été placé sous tutelle en Turquie (art. 12 ; consid. 3.5).

Ressortissante germano-hongroise domiciliée en Hongrie. Demande de renseignement sur les comptes bancaires. Controverse sur la qualité de représentant.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 14 mars 2022, 9A_443/2021

On se souvient des confusions qui ont émaillé l'approche du Tribunal fédéral s'agissant du champ d'application de la Convention sur la protection des enfants de 1996

(cf. SRIEL 2016 p. 443, 2018 p. 248). On a cru comprendre qu'en ce qui concerne la Convention sur la protection de 2000, l'approche était directe et plus claire. En effet, lorsqu'il s'agit d'un adulte déplaçant sa résidence habituelle vers l'étranger dans un Etat non contractant de la Convention de La Haye sur la protection des adultes de 2000, le Tribunal fédéral applique l'art. 5 de celle-ci, non sans observer qu'elle correspond à l'art. 5 de la Convention parallèle de 1996 sur la protection des enfants (ATF 143 III 237 ss, 239–241, SRIEL 2017 p. 229).

Hélàs, le nouvel arrêt rapporté ici est venu dire, sans observer le précédent cité, que la Convention de 2000 s'applique également dans les relations avec les Etats non contractants, en vertu de l'art. 85 al. 2, se référant à un auteur qui dit le contraire (consid. 3.2 ; Daniel Füllemann, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes*, Zurich 2008, n° 416–425, expliquant que les dispositions sur la compétence et la loi applicable s'appliquent directement, tandis que celles sur la coopération et la reconnaissance ne peuvent fonctionner qu'entre Etats contractants, l'art. 85 al. 4 étant en l'espèce applicable sur ce dernier point). Puis, à quelques semaines d'intervalle, un autre arrêt, mentionné supra, s'aligne sur le précédent de l'ATF 143 III 239, sans mentionner l'arrêt du 14 mars 2022 (consid. 3).

Sur sa lancée, le présent arrêt statue que l'art. 14 permettrait à la Suisse d'imposer l'approbation de l'autorité de protection des adultes (art. 416 al. 1 ch. 9 CC) par rapport à une décision rendue en Hongrie (Etat non contractant) autorisant un curateur en Suisse à représenter une personne âgée domiciliée en Hongrie par rapport à l'octroi de renseignements de la part d'une autorité de prévoyance (consid. 4.1). L'arrêt renvoie au Rapport officiel qui cite l'exemple du tuteur qui a besoin d'une autorisation pour vendre un immeuble (n° 94). Cette illustration peut être étendue à d'autres approbations de la part d'une autorité (cf., en ce sens, Füllemann, n° 250–256). Une certaine restriction s'impose cependant, car à défaut, la reconnaissance de la mesure ordonnée à l'étranger ne peut produire réellement ses effets, alors qu'elle doit être reconnue (Füllemann, n° 257), sans révision au fond (art. 26). Même à supposer qu'une telle autorisation constituerait un cas de « mise en œuvre » régi par le droit suisse en vertu de l'art. 14, il aurait évidemment fallu solliciter l'autorité suisse de la protection de l'adulte en vertu de l'art. 416 CC et non les autorités hongroises, manifestement incompétentes, non seulement en vertu de la même disposition, mais également du fait que le droit hongrois ne confère aucune compétence *ratione materiae* à une telle autorité puisqu'une telle autorisation n'y est pas connue. Cela s'est bel et bien confirmé : l'approbation sollicitée en Hongrie n'a jamais pu être produite, ceci malgré les injonctions expresses du juge instructeur du Tribunal administratif fédéral (consid. 4.3).

Cependant, c'est sous un autre angle encore que l'art. 14 a été méconnu. En effet, cette disposition vise uniquement le cas où « une mesure prise dans un Etat contractant est mise en œuvre dans un autre Etat contractant ». Par rapport à une mesure prise en Hongrie, Etat non contractant, l'art. 14 ne s'applique pas et ne peut conférer

une compétence à l'autorité de protection de l'adulte dans le contexte de l'art. 416 CC (cf. Füllemann, n° 257). La reconnaissance de la mesure est donc régie par l'art. 85 al. 4 et les règles générales des art. 25–27 LDIP. Le champ d'intervention de l'autorité suisse est alors restreint au cadre étroit de l'ordre public (art. 27 ; Füllemann, n° 473), sous réserve d'une hypothèse qui requiert le remplacement de la mesure, ce qui suppose cependant qu'une autorité suisse soit compétente en vertu de l'art. 85 al. 3. On pourrait songer à une application par analogie de l'art. 14 de la Convention, à titre de droit national (ce que fait l'arrêt du Tribunal fédéral, consid. 4.2.1 ; Füllemann, n° 257, 450, 473), mais il manque pour cela la base légale.

V. Arrêts en bref

Enfant américain ayant soumis son nom au droit américain. Complément « V » ajouté conformément à la pratique américaine, compatible avec l'ordre public suisse.

Appellationsgericht du canton de Bâle-Ville – 1^{er} octobre 2021, SJZ 119 (2023) p. 159

L'adjonction d'un chiffre romain censé indiquer le niveau dans la hiérarchie de la génération d'une personne est courante aux Etats-Unis. En l'espèce, cette pratique était démontrée par référence à l'acte de naissance du père, établi dans l'Etat du Colorado et désignant celui-ci par le chiffre « IV », indication reprise dans son passeport. Le père étant américain et la mère canadienne, les liens avec les Etats-Unis étaient clairement prépondérants. Le seul véritable point à considérer était la question de l'ordre public. Certes, des différences de traitement selon le genre, la race ou la religion heurtent les valeurs fondamentales du droit suisse. On peut observer, il est vrai, une certaine discrimination dans le fait que, dans la pratique américaine, une adjonction précisant le niveau dans la génération se fait en règle générale pour les noms des garçons seulement, ce qui s'était concrétisé dans le présent cas par le fait que la sœur aînée ne la portait pas dans son nom. La conclusion va clairement dans le sens que ce complément, qui peut étonner aux yeux du citoyen moyen en Suisse, ne heurte en rien des considérations du niveau exigé par l'ordre public. On n'y voit pas non plus une allusion à un nom nobiliaire, du fait que certaines personnes se réclamant de la noblesse, ainsi que le Pape, ajoutent un chiffre romain à leur nom. L'arrêt bâlois n'examine pas le rôle de l'art. 40 LDIP. Si cet exemple devait faire école, il faudrait accepter également, suivant la même logique, l'appellation « Junior » ou « Jr. », tout aussi courante aux Etats-Unis. D'autres revendications de nature similaire vont sans doute être formulées. A un certain moment, il faudra savoir où s'arrêter, quitte à revenir en arrière et à limiter l'enregistrement aux éléments transmissibles du nom et de traiter d'autres compléments comme des pseudonymes. On observera également la différence des systèmes d'état civil : aux Etats-Unis, le nom de famille figure dans l'acte de naissance et dans le passeport, tandis que la Suisse gère un enregistrement complet

des faits d'état civil. L'adjonction d'éléments du nom non-transmissibles prend en Suisse une toute autre dimension.

Divorce prononcé en Croatie en 2015. Complément demandé en Suisse au sujet de l'entretien.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 16 août 2022, 5A_768/2021

Conformément à une jurisprudence constante, le complément d'un jugement de divorce ne peut être demandé qu'à la condition que la prétention en jeu n'ait pas fait l'objet du procès en divorce (consid. 2.4). En l'espèce, la question de l'entretien n'était pas soulevée dans le procès en divorce en Croatie, sans que l'on puisse penser que les parties y auraient renoncé (consid. 2.5). On notera toutefois que le principe posé n'est pas entièrement exact. Une prétention relative au partage des avoirs de prévoyance en Suisse a pu être invoquée, jugée favorablement ou non, et avait donc fait partie de l'objet du procès devant le tribunal étranger du divorce : en effet, le jugement n'étant pas reconnu en Suisse sur ce point, le complément doit être possible en Suisse (art. 64 al. 1^{bis} LDIP). Dans la pratique, on observe souvent que le juge étranger du divorce n'a pas statué sur cette question (cf. ATF 10.6.2022, 5A_823/2021 ; ATF 29.6.2022, 5A_782/2021). La question de la loi applicable à l'entretien entre époux divorcés soulevait une intéressante question. Selon l'art. 8 al. 1 de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la loi qui régit la question est « la loi appliquée au divorce ». Or, les juges en Croatie n'ayant pas été saisis de la question, ils ne se sont pas posés la question de la loi applicable et s'ils l'avaient fait, ils auraient appliqué la loi suisse. Il paraissait donc paradoxal que le juge suisse applique la loi croate selon l'art. 8 de la Convention, tandis que les juges du divorce auraient appliqué la loi suisse, qui est également celle qui aurait régi le divorce (art. 61 al. 1 LDIP). Pour le Tribunal fédéral, le libellé parfaitement clair de l'art. 8 doit l'emporter, le droit « effectivement » appliqué au divorce étant le droit croate (consid. 3 ; cf., de même, ATF 1.12.2022, 5A_549/2022, consid. 2.3.2). L'arrêt note, en outre, que le délai de péremption de six mois prévu en Croatie ne heurte pas l'ordre public suisse. Le Kantonsgericht de Lucerne, auquel l'affaire est renvoyée pour l'examen du droit croate sur l'entretien, a ainsi déjà reçu une première instruction pour qu'il ne s'en remette pas trop facilement au droit suisse (consid. 3.4.4).

Annulation du mariage. Preuve du divorce antérieur du mari prononcé à Cuba.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 9 janvier 2023, 5A_413/2022

L'intérêt de l'arrêt est minime, compte tenu de la vie conjugale très sommaire du couple, dont la relation s'est déroulée essentiellement à distance, entre Cuba et la Suisse. Le futur époux était divorcé d'une ressortissante cubaine, domiciliée à Cuba, le 17 janvier 2017. Le mariage avec sa fiancée, ressortissante suisse, pouvait alors avoir lieu à Genève le 1^{er} décembre 2017. Il a été suivi d'une séparation un mois et demi plus tard déjà. L'épouse a alors intenté à Genève, le 20 avril 2018, une action en annulation

de mariage, qui supposait au préalable le refus de la reconnaissance du jugement de divorce rendu à Cuba (art. 29 al. 3 LDIP; consid. 4.2.1). La compétence indirecte était fondée sur la nationalité de l'un des époux (le demandeur en divorce et futur époux en Suisse) et le fait que l'épouse défenderesse n'était pas domiciliée en Suisse (art. 65 al. 1, al. 2 lit. a LDIP; consid. 3.2, 4.2.1). La recourante ne pouvait tirer argument du fait que l'ex-épouse n'avait pas reçu l'acte introductif d'instance, étant donné que celle-ci avait procédé au fond sans faire de réserve et que, par ailleurs, on pouvait se demander si l'invocation d'irrégularités survenues dans la procédure cubaine était encore compatible avec le principe de la bonne foi, étant donné que la recourante en avait connaissance en 2016 déjà (consid. 4.3). L'examen en détail des motifs d'annulation du mariage selon l'art. 105 CC devait montrer que l'on ne pouvait pas reprocher à l'époux de ne pas avoir eu l'intention de fonder une communauté conjugale et qu'il ne visait pas à éluder les règles sur l'admission et le séjour des étrangers (consid. 5). On regrettera l'omission de la mention de l'art. 45a LDIP sur l'annulation du mariage.

Reconnaissance d'enfant déclarée en France. Transcription au registre de l'état civil suisse. Absence de paternité biologique. Mariage du père avec la mère. Ordre public suisse non violé.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 22 juillet 2022, 5A_760/2021

La tendance vers l'affaiblissement de l'ordre public en matière d'établissement de la filiation se confirme. Dans l'affaire du Brésil, le Tribunal fédéral avait admis la transcription d'une reconnaissance d'enfant intervenue au Brésil en l'absence de lien biologique entre le père et l'enfant, l'action en contestation étant réservée (ATF 21.2.2022, 5A_822/2020, SRIEL 2022 p. 257). L'arrêt a servi de modèle : à strictement parler, la paternité biologique n'est pas, en droit suisse (art. 260 al. 1 CC), une condition préalable à la reconnaissance, sous réserve du cas d'une déclaration manifestement erronée, reconnue comme telle lors de l'examen de son enregistrement (consid. 5.1.2). L'ordre public ne peut donc être plus strict. En réalité, il l'est un peu moins : même si l'absence de sa paternité biologique était apparente, si l'auteur de la reconnaissance n'a pas commis un abus de droit ou voulu contourner la loi (en France, en l'espèce), l'ordre public ne s'oppose pas à la reconnaissance socio-affective étrangère, déclarée en 2016 et renforcée par le mariage des parents, célébré en 2019 (consid. 5.2). Au plan de l'évolution des idées, on rapprochera cette jurisprudence de la notion de « filiation d'attachement » (cf. ATF 147 III 209 ss, 212–214), en attendant que l'assouplissement de l'ordre public finira par s'étendre à la maternité de substitution, afin de protéger l'enfant accueilli dans une famille qui comprend tous les éléments propres à des liens socio-affectifs et d'attachement.

Demande de la mère d'obtenir l'attribution exclusive de l'autorité parentale sur l'enfant née en 2016 en Belgique. Question préalable de l'autorité selon la loi. Convention de La Haye de 1996. Droit belge appliqué d'office.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 3 novembre 2022, 5A_41/2022

La mère menait bataille pour obtenir l'autorité parentale conjointe sur sa fille et l'autorisation de voyager avec elle hors de la Suisse pour les périodes de vacances. Pour en juger, il fallait d'abord connaître le droit applicable, étant donné que l'enfant est née en Belgique en 2016 et qu'elle n'a emménagé avec sa mère en Suisse qu'en été 2017. Conformément aux termes des alinéas 1 et 3 de la Convention de La Haye de 1996, l'autorité parentale acquise sur l'enfant dans son pays de résidence lors de la naissance subsiste après le changement de sa résidence habituelle en Suisse. Il fallait donc commencer par examiner le droit belge, ce que l'arrêt fait, non seulement d'office, mais encore en vertu de l'art. 16 al. 1 LDIP, sans mentionner l'art. 96 lit. b LTF. Il en résultait que les parents ont été et sont toujours conjointement et de plein droit titulaires de l'autorité parentale (consid. 4). Il ne fallait donc pas attribuer explicitement cette autorité aux deux parents, comme l'avait demandé la mère dont le recours était dès lors irrecevable sur ce point. (Pour un autre cas examinant la loi étrangère du pays d'origine, en l'espèce le droit de la Serbie, cf. ATF 2.8.2022, 5A_518/2022, consid. 2.)

Dispute sur l'attribution de l'autorité conjointe. Déménagement autorisé de la mère afin de vivre avec l'enfant en France. Compétence des tribunaux genevois. Convention de La Haye de 1996.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 30 janvier 2023, 5A_320/2022

Il s'agit d'un cas ordinaire, sans enlèvement d'enfant. Après le départ de la mère et de l'enfant en France, les parties n'ont pas remis en cause la compétence des tribunaux genevois. Le Tribunal fédéral les suit, citant la Convention de La Haye de 1996, concluant que les autorités suisses demeuraient compétentes, que l'on considère que la résidence habituelle de l'enfant est demeurée en Suisse (art. 5) ou qu'elle se trouve désormais en France (consid. 2). Sur ce dernier point, l'arrêt se borne à renvoyer à l'alinéa 1 de l'art. 10, sans mentionner l'alinéa 2. Selon celui-ci, dès le jour où la demande en divorce a été acceptée ou refusée définitivement, la compétence au sens de l'alinéa 1 cesse. Ce jour était le 2 février 2021, le litige ne portant ensuite en appel uniquement sur les effets accessoires. Au demeurant, la compétence étant examinée d'office, on aurait dû lire des observations sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui vivait depuis bientôt une année en France (art. 10 al. 1 lit. b).

Enlèvement de trois enfants par la mère de la Grèce vers la Suisse. Convention de La Haye de 1980.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 28 septembre 2022, 5A_617/2022, 5A_621/2022

Sur les points habituellement au centre d'une affaire d'enlèvement, l'arrêt rappelle les principes bien connus, pour conclure qu'en l'espèce, l'absence des capacités parentales du père, resté au domicile conjugal en Grèce, n'était pas démontrée et qu'il manquait aux enfants (nées en 2011 et en 2013) la maturité suffisante pour pouvoir s'opposer à leur retour (consid. 5 et 6). L'arrêt procède cependant avec légèreté en

concluant sans autre examen que ce manque de maturité, telle qu'exigée par l'art. 13 al. 2 (consid. 6.3), avait le sens qu'il manquait également aux enfants la capacité de discernement, contrairement à l'avis de leur curateur, les empêchant par conséquent de mandater un avocat de leur choix (consid. 8.2.2.2). L'art. 14 autorisait les tribunaux suisses à se référer à une décision rendue le 10 mai 2022 par le Tribunal de première instance d'Athènes, constatant l'illicéité du déplacement des enfants en Suisse en novembre 2021 et annulant l'attribution temporaire de la garde à la mère, décidée auparavant, le 6 octobre 2016. Il ne s'agissait pas de reconnaître ou d'exécuter cette récente décision, mais simplement de tenir compte de sa portée factuelle. Le non-respect du droit du père par rapport aux enfants résultait ainsi de l'art. 1519 du Code civil grec (consid. 4). Un petit point de rédaction pourrait animer la réflexion en Suisse. Il est dit, en effet, que la Cour cantonale aurait noté que la décision grecque rendue en 2016 n'était pas une décision judiciaire « définitive » (consid. 4.2), étant donné qu'elle attribuait la garde à la mère de manière « provisoire » (partie B., consid. 4.3.1). Rendue il y a plusieurs années déjà, il semble bien que la décision n'ait pas emporté un effet suspensif. On pourrait ainsi se demander si cette observation ne pourrait pas être transposée à la pratique relative à l'art. 301a al. 2 CC, en ce sens que l'on exige une décision « définitive », autorisant le déménagement à l'étranger, au lieu de l'accepter déjà du seul fait que la décision de première instance est dépourvue de l'effet suspensif. Il faudra bien, un jour, se mettre en règle avec les arrêts rendus le 8 février 2022 par la Cour EDH dans les affaires Roth et Plazzi (n° 69444/17, § 64–78, n° 44101/18, § 55–68).

Enlèvement de deux enfants par la mère de la Pologne vers la Suisse. Convention de La Haye de 1980. Consentement donné par le père avant et lors du départ.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 23 septembre 2022, 5A_678/2022

Le seul point litigieux portait sur l'argument selon lequel le père aurait consenti au déplacement des enfants en Suisse, où la famille comptait déménager en mars 2022, projet qui a éclaté à la suite d'une violente dispute, amenant la mère à partir seule avec les enfants. A l'origine, les parents avaient la même volonté de partir en Suisse; au moment du départ de la mère, le père déclarait accepter sa démarche, dans des conditions qui ne pouvaient pas laisser penser la mère qu'il aurait renié son accord initial, ce d'autant plus qu'elle lui avait explicitement posé la question (consid. 2.4). Le père ne pouvait revenir dessus à travers sa demande de retour, étant donné qu'un consentement une fois donné ne peut être retiré ultérieurement (consid. 2.5).

Enlèvement par le père, demandeur d'asile, de l'un des fils d'un couple turc de la Turquie vers la Suisse. Convention de La Haye de 1980. Enfant vivant depuis bientôt un an en Suisse et très attaché à son père. Perspective plutôt positive de pouvoir s'intégrer au retour dans le ménage de sa mère et de son frère. Absence d'un danger intolérable au retour.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 20 septembre 2022, 5A_635/2022

Aussi douloureuses que puissent être certaines décisions ordonnant le retour d'un enfant enlevé, il n'y a souvent pas de réponse parfaite, notamment lorsqu'on se trouve dans la marge de discrétion des juges, eux-mêmes balancés entre deux options dont chacune a du sens. En l'espèce, des hésitations étaient possibles, ce qui explique les considérants étoffés de l'arrêt que l'on peut cependant résumer brièvement. Le père faisait partie d'une ethnie d'opposition en Turquie et pouvait s'attendre à obtenir l'asile prochainement en Suisse. Le fils, malade et vivant avec lui dans un home, lui était très attaché; retardé dans son développement cognitif, son opposition au retour ne faisait pas le poids (consid. 3). S'agissant du risque de souffrances intolérables en cas de retour (art. 13 al. 1 lit. b), on ne pouvait laisser de côté que le fils était traumatisé par ce qui était arrivé à son père et qu'il tenait donc à rester à ses côtés. Ce qui risquait de lui arriver supposait une séparation pendant de longues années, étant donné que le père n'avait aucun espoir de pouvoir retourner un jour en Turquie. Néanmoins, le retour du fils dans l'environnement familial de la mère et de son frère cadet était assuré et se présentait sous un angle plutôt optimal, ce d'autant plus qu'un traitement médical était disponible. La balance devait donc pencher en faveur du retour réclamé par la mère (consid. 4). Compte tenu de la situation familiale fragile, l'arrêt ordonne des mesures utiles pour organiser et accompagner l'arrivée de la mère, le contact avec le père et le départ avec l'enfant par avion (consid. 5).