

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille

Andreas Bucher*

Table des matières

- I. Enlèvement d'enfant
- II. Arrêts en bref

I. Enlèvement d'enfant

Enfants restés en Suisse avec leur mère, au terme d'une visite familiale. Vie conjugale en Israël, pays national du père. Mère suisse dont l'entourage familial est en Suisse. Conditions du retour des enfants avec leur mère en Israël dans un endroit neutre, sûr et financièrement supportable. Retour ordonné dès le moment où l'autorité cantonale d'exécution aura constaté que la situation en Israël permet un renvoi sécurisé des intéressés.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 26 avril 2023, 5A_228/2023 – 10 novembre 2023, 5A_756/2023

La loi suisse du for domine dorénavant les affaires de droit international privé de la famille. Les éléments d'extranéité ne sont ainsi plus notés comme étant significatifs, au point qu'ils ne sont souvent pas mentionnés dans les arrêts. L'angle d'observation du droit international privé se rétrécit aux questions de procédure (compétence, litispendance et reconnaissance). Le recensement de la jurisprudence pour l'année 2023 le confirme, avec la particularité que la grande majorité des jurisprudences citées portent sur des cas d'enlèvement d'enfant. Dans ce dernier domaine, on fait face à un vrai chantier, dès lors que la jurisprudence ne réussit pas à prendre ses distances avec une application mécanique de la Convention de La Haye de 1980 et à ménager une place plus appropriée au respect de l'intérêt de l'enfant.

Ce premier arrêt est centré, comme dans la plupart des cas, sur l'objection fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention (complété par l'art. 5 LF-EEA), alléguant que le retour de l'enfant, en l'espèce en Israël, exposerait celui-ci à un risque grave de subir un danger physique ou psychique, ou le placerait d'une autre manière dans une situation intolérable.

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

Fidèle à sa méthode quelque peu archaïque de raisonner, l'arrêt commence par exposer des principes de jurisprudence, pour les abandonner aussitôt lorsqu'il s'agit d'aborder les circonstances du cas concret.

Le premier point consiste à rappeler que la séparation de la mère et de son enfant ne présente pas, en soi, un caractère intolérable si l'enfant a dépassé l'âge de deux ans (consid. 4.2.2). L'argument reprend un ancien arrêt (ATF 130 III 530 ss), rendu avant l'adoption de l'art. 5 LF-EEA, sans y ajouter aucune nuance, comme si un enfant arraché à sa mère dès ce jeune âge ne subirait aucune souffrance. Cependant, l'arrêt ajoute une exception (comme cela a été fait dans d'autres cas), le fils aîné étant âgé de 3 ans et demi, tandis que sa cadette était née un an auparavant. Or, son retour ne peut être envisagé s'il ne peut être accompagné par sa mère, ce d'autant qu'il fallait éviter une séparation de la fratrie (consid. 5.2).

Un autre vieux précepte exige de se demander « s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant ». L'art. 5 lit. b LF-EEA est cité, sans noter que cette disposition n'utilise pas le mot « imposer » (consid. 4.2.3). Ce langage est d'autant plus frappant que dans le contexte de l'art. 301a du Code civil, aucune restriction à la liberté de mouvement et d'établissement d'un parent n'est autorisée. Pire encore, on dit qu'un tel parent, dont on peut « exiger » le retour avec l'enfant alors qu'il refuse de s'y conformer, est alors privé de son droit d'invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour. A nouveau, l'un des deux anciens arrêts rendus dans l'affaire W. est cité, sans mentionner le second, dont il ressort exactement le contraire, notant qu'à l'égard des enfants, toute critique visant la mère était sans pertinence (cf. ATF 18. 5. 2004, 5P.151/2004, RSDIE 2005 p. 394). En effet, ce qui compte, c'est l'intérêt de l'enfant et non l'attitude du parent responsable, que l'on partage ou non sa position. De toute manière, le Tribunal fédéral ne fait pas ce qu'il dit qu'il faudrait faire. La mère, intimée, conclut au rejet du recours du père, et l'arrêt ne manque pas d'en examiner les motifs. Cela devait se faire d'autant plus que le curateur de l'enfant a renoncé à prendre position. De par cette attitude, le point de vue plus ciblé et objectif sur l'intérêt des enfants n'a pas été porté devant les juges – une négligence que l'on remarque dans plusieurs affaires, sans que le milieu professionnel des curateurs et médiateurs des enfants n'entreprenne l'initiative pour remédier à de telles dérives.

Enfin, il ressort encore de l'arrêt un autre vieux principe, auquel le Tribunal fédéral a dérogé déjà à plusieurs reprises. En effet, il est précisé que la Convention « n'exige pas que le retour de l'enfant s'effectue à un endroit précis de l'Etat de sa résidence habituelle », étant donné qu'il appartient à l'autorité compétente de cet Etat de déterminer qui s'occupera de l'enfant, conformément à la loi qui régit le droit de garde (consid. 4.2.4). Affirmé sans nuance, ledit principe est aussitôt écarté dans le même considérant. Se référant à l'art. 10 al. 2 LF-EEA, sans l'appliquer, l'arrêt note « qu'il peut ainsi être nécessaire de recueillir auprès d'un organisme neutre des informations sur l'endroit où l'enfant est censé vivre à son retour ». Car, « pour pouvoir statuer sur la demande de retour, le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible

des conditions d'accueil qui attendent l'enfant ». Ces exigences, parfaitement justifiées, ne peuvent à l'évidence être satisfaites qu'à condition que l'on ait une idée assez précise du lieu de vie de l'enfant après son retour. L'analyse de la situation de sécurité de la famille où l'enfant doit retourner peut exiger l'apport de renseignements ciblés sur son milieu de vie (cf. ATF 30. 4. 2015, 5A_229/2015, c. 6.3, SRIEL 2016 p. 451, examinant sommairement les conditions de sécurité dans la région au Mexique où vivait la mère).

En l'espèce, la cour cantonale avait estimé que l'on ne pouvait exiger de la mère qu'elle retourne avec les enfants en Israël. Compte tenu d'une situation familiale très compliquée, singulièrement en lien avec les prescriptions que la religion juive imposait à la mère, notamment le respect de la pureté du foyer juif, il était permis de craindre qu'en cas de retour en Israël, la mère allait se trouver isolée et dans l'impossibilité de faire appel aux autorités afin d'obtenir le respect de sa personne et de ses droits, notamment pour obtenir la protection face au caractère colérique, voire violent du père à son égard (consid. 5.1). Pour le Tribunal fédéral, cette argumentation n'était pas suffisante. La cour cantonale se fait dire qu'elle aurait perdu de vue que l'ordre de retour de l'enfant et du parent qui l'accompagne ne s'entend pas à un endroit précis de l'Etat de sa résidence habituelle. La critique est trop courte, étant donné que le Tribunal fédéral conclut que les éléments retenus par la cour cantonale n'apparaissent plus déterminants à supposer « qu'un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable, en dehors du logement du recourant, puisse être assuré à l'intimée » (consid. 5.1.3.2). Cette question devra être éclaircie par la cour cantonale. En fait, on ne devra donc pas se contenter d'un retour dans l'Etat d'Israël, mais bel et bien dans un lieu parmi plusieurs endroits précis, à proximité du domicile du père comme l'exige le contexte religieux et familial dans ce pays. Il est nécessaire de trouver un « endroit neutre » (consid. 7).

Après avoir été reprise par la cour cantonale sur ordre du Tribunal fédéral, l'affaire a pris une tout autre tournure, imprévisible. En effet, deux jours après le dépôt de l'acte de recours devant le Tribunal fédéral, des tirs massifs de roquettes ont été effectués sur Israël depuis la bande de Gaza, ce qui a conduit cet Etat à mettre ses forces armées en état de guerre. Le curateur des enfants s'est alors manifesté, estimant que la nouvelle situation en Israël ne permettait pas d'exécuter l'arrêt entrepris, sans s'opposer au retour en soi. Le père s'en remettait au bon jugement du Tribunal fédéral.

Le nouvel arrêt répondait d'abord à l'examen entrepris par la cour cantonale s'agissant de savoir si un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable, en dehors du logement du père, pouvait être assuré à la mère et aux enfants. Ce second examen avait pour résultat que la mère n'était pas dénuée de ressources, étant en mesure de mandater des avocats en Israël afin d'assurer sa défense, qu'elle n'encourait pas de risque concret de nature pénale, ce d'autant que le père n'avait pas déposé plainte, et que ce dernier s'était engagé à financer son séjour pendant trois ou quatre mois et de lui louer un appartement, ce financement étant assuré par un versement d'avance sur un compte bancaire en Israël (consid. 3.2). L'ensemble de ces éléments montrait au Tribunal fédé-

ral qu'un « lieu neutre, sécurisé et financièrement supportable était assuré à la mère et ses enfants en Israël » (consid. 4 et 5).

Encore fallait-il définir la conclusion de l'arrêt et son dispositif. En principe, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Le retour en Israël des enfants, accompagnés de leur mère, était ordonné selon les modalités arrêtées par la décision entreprise (consid. 7), qui comprenaient un mandat d'accompagnement du Service de l'enfance et de la jeunesse du canton de Fribourg. Pourtant, le Tribunal fédéral devait constater qu'il était « néanmoins évident », vu le conflit existant en Israël, que ce retour « ne peut être immédiatement exécuté ». Il appartiendra donc audit Service d'organiser ce retour en collaboration avec les Autorités centrales suisse et israélienne, respectivement avec les autorités locales israéliennes, « dès que la situation sur place permettra un renvoi sécurisé des intéressés » (consid. 7.1 ; dispositif n° 1).

Sans le dire explicitement, l'ordre de retour était ainsi soumis à la condition suspensive d'une amélioration sensible de la situation sécuritaire en Israël. La Convention de La Haye de 1980 ne prévoit pas une telle décision provisoire, ce d'autant que les Etats contractants ont pour devoir de suivre une procédure d'urgence (art. 2, 11). La pratique allemande consiste à rendre une décision sans réserve dans de telles circonstances (cf. IPRax 2024 p. 65).

Le dispositif de l'arrêt s'avère très problématique sous l'angle de la situation personnelle des enfants et de leur mère. Le Tribunal fédéral ne s'est pas demandé si le Service fribourgeois dispose de la compétence et des qualités pour décider de la sécurité des intéressés en cas de retour en Israël. Tel n'est certainement pas le cas. L'arrêt observe d'ailleurs qu'il n'appartenait pas à l'Autorité centrale suisse de rechercher activement un logement en Israël (consid. 4.3.2) ; si c'était exact, cela serait certainement également le cas, a fortiori, d'une autorité cantonale de protection des enfants. Quoiqu'en dise le dispositif de l'arrêt, le recours n'a pas été « rejeté », confirmant l'arrêt cantonal. Clairement, le renvoi n'est pas ordonné, car subordonné au retour d'une situation sécurisée à l'issue de la guerre de Gaza. A supposer que cette condition soit remplie à l'avenir, le Service de la jeunesse fribourgeois devrait alors ordonner le retour en vertu de la Convention, décision qui sort manifestement de ses compétences. L'une des parties, vraisemblablement le père, devrait alors agir devant la cour cantonale afin d'obtenir un ordre définitif de retour des enfants. Il s'agirait concrètement d'obtenir un nouveau dispositif, avec des délais réaménagés, ce qui mettrait à néant le dispositif complémentaire que le Tribunal fédéral a ajouté à l'arrêt cantonal. Devant l'autorité cantonale, des questions pourraient être soulevées à nouveau, dans un contexte réévalué en raison de faits nouveaux importants, susceptibles de justifier une modification de la décision cantonale (art. 13 LF-EEA). En effet, les arrêts rendus antérieurement ont certes considéré que l'on pouvait exiger de la mère qu'elle accompagne les enfants lors de leur retour, mais rien n'a été prévu pour le cas où elle devait reconsidérer sa position à la veille du départ fixé. Le fait que son entourage se trouve en Suisse, ainsi qu'une nouvelle relation sentimentale, n'ont pas suffi pour pouvoir rester en Suisse, mais cela

n'empêchera pas la mère d'y revenir. L'arrêt fédéral n'est pas qualifié d'arrêt de renvoi dont l'autorité cantonale aura pour devoir de respecter les considérants.

Enfants de dix ans ayant quitté l'Ukraine avec leur mère pour venir en Suisse. Accord du père, dont l'attitude ne peut être comprise comme un acquiescement à un séjour prolongé en Suisse. Le conflit armé en Ukraine risque de faire déplacer les enfants fréquemment au gré du développement du conflit, les exposant à une instabilité de leurs conditions d'existence. Retour refusé.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 4 décembre 2023, 5A_841/2023

Le retour des enfants de l'âge de dix ans environ devait se faire en Ukraine, envahie par la Russie dont les troupes étaient sur le point d'atteindre la région de Kiev, lieu de vie de la famille. La mère et les enfants ont alors quitté l'Ukraine avec l'accord du père, pour se rendre en Suisse, au mois de mars 2022. Le père était contraint de rester en Ukraine, exposé à la mobilisation par le gouvernement ukrainien. La mère a déposé une demande en divorce auprès du Tribunal de district de Darnytski de Kiev, obtenant à titre provisoire une contribution d'entretien. Quelques mois plus tard, le 10 mars 2023, le père a saisi la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du canton de Vaud d'une requête en retour des enfants, concluant à ce qu'ils reviennent en Ukraine, plus précisément à Kiev. Une médiation a échoué. Le 24 octobre 2023, la Chambre des curatelles a rejeté la demande de retour.

En premier lieu, la cour cantonale estimait que le père avait consenti de fait à la poursuite du séjour des enfants en Suisse, étant donné qu'il avait attendu que le terme du délai d'un an de l'art. 12 al. 1 approche, sans préciser par ailleurs pour quelle durée limitée il aurait admis le séjour suisse. On pouvait ainsi présumer que le père consentait à la poursuite du séjour de sa famille en Suisse pour la durée de l'invasion russe de l'Ukraine. Pour le Tribunal fédéral, ce constat était trop fragile pour conclure au renoncement du père au retour des enfants. Il avait certes attendu presque une année avant de réclamer formellement ce retour, mais il avait déjà fait comprendre clairement lors de la médiation que tel était son objectif. Mise à part la présomption motivée par la suite de la guerre en Ukraine, aucun autre élément de fait ne permettait de soutenir un acquiescement du père au non-retour.

En second lieu, la perspective d'un retour dans une zone de guerre était le facteur décisif. Certes, l'évolution du conflit armé qui se déroulait en Ukraine était incertaine, mais la menace constante de frappes aériennes était néanmoins établie, jusqu'au district où vivait le père. Pour la juridiction cantonale, la sécurité psychique des enfants recommandait de ne pas les déplacer au gré du développement du conflit et de les exposer au risque de devoir à nouveau fuir le pays ou d'être déplacés à l'intérieur du territoire. A cela s'ajoutait la mobilisation du père, qui n'était pas en mesure de prendre en charge personnellement ses fils. Pour le Tribunal fédéral, les constatations de la cour cantonale n'apparaissaient pas pour le moins arbitraires. Certes, comme le père le soutenait, la vie civile, comprenant l'école, reprenait en Ukraine, et les autorités du pays

fonctionnaient. Le fait qu'il travaillait pour la police ne démontre nullement qu'il ne pourrait pas être mobilisé par l'armée. Un possible retour des enfants et de leur mère dans une région actuellement peu exposée aux combats dans l'ouest du territoire n'exclut pas la nécessité d'un déplacement ultérieur des enfants. Le refus d'ordonner leur retour en vertu de l'art. 13 al. 1 lit. b était ainsi fondé.

On observera que cet arrêt se distingue à divers titres de la jurisprudence rendue à propos d'Israël. Au sujet de l'Ukraine, l'arrêt ne rappelle pas l'idée que l'application de la Convention ne devait pas entraîner un examen de la situation au-delà de l'Etat en tant que tel, sans considération des circonstances locales. La perspective était l'état concret à l'intérieur du pays et dans le rayon géographique où la famille était censée vivre en cas de retour (cf., de même, l'arrêt de la CEDH, n° 17665/17, Y.S. et O.S. c. Russie, du 15 juin 2021, § 98, exigeant l'examen approfondi de la situation à Doniesk). L'arrêt rappelle également la jurisprudence constante selon laquelle le retour dans une zone en guerre représentait pour les enfants un risque grave (consid. 5). Dans le cas d'Israël, la question aurait dû être également posée. Le retour des enfants en Ukraine devait être refusé surtout afin de protéger la sécurité psychique des enfants qui nécessite « d'éviter de les déplacer au gré du développement du conflit » (consid. 5.4) et de ne pas les exposer « à une instabilité potentielle de leurs conditions d'existence » (consid. 5.2). Or, même si l'on n'était pas saisi d'une situation comparable à celle de l'Ukraine, le retour en Israël était susceptible d'exposer les enfants à une instabilité caractérisée de leurs conditions d'existence, qui doit faire partie de l'examen d'une « situation intolérable » tel que commandé par l'art. 13 al. 1 lit. b. Enfin, l'arrêt sur l'Ukraine n'évoque point la solution de l'affaire d'Israël, consistant à accepter le retour des enfants dans son principe et de le subordonner à la condition suspensive de la fin de l'invasion russe et du rétablissement de la sécurité sur le territoire ukrainien. Est-ce dire que les juges fédéraux pensaient que le conflit du Gaza sera pacifié plus rapidement que celui de l'Ukraine ? Ils ne le diront jamais.

Enfant amené par leur père de Londres en Suisse. Demande en retour de la mère refusée en Suisse, principalement en raison du contexte familial peu favorable pour l'enfant. Ordonnance de la High Court of Justice de Londres confiant l'enfant à la mère. Juridictions vaudoises admettant la compétence du juge anglais et procédant à l'instruction de la conformité à l'ordre public de la décision anglaise. Arrêts cantonaux annulés par le Tribunal fédéral, les autorités anglaises n'étant en principe plus compétentes après le refus définitif du retour de l'enfant au Royaume-Unis, sous la seule réserve de la question de son intégration en Suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 juillet 2023, 5A_339/2023 – 11 octobre 2023, 5F_25/2023 – 26 février 2024, 5A_87/2024

Il est plutôt rare qu'après un échec d'une demande en retour d'un enfant devant les tribunaux du nouveau lieu de vie de l'enfant, le parent lésé poursuive son combat devant les juridictions de son pays. En l'espèce, la demande de retour avait été définitivement

écartée par le Tribunal fédéral le 11 septembre 2020 (5A_643/2020, SRIEL 2021 p. 481). Dans le contexte d'une demande en divorce initiée à Londres le 12 août 2020, la mère avait joint une « demande de révision » de la décision suisse de refuser le retour de l'enfant. Ce libellé étant manifestement impropre, il s'agissait en réalité d'entamer une procédure sur l'attribution des droits parentaux en faveur de la mère, dont la reconnaissance en Suisse aurait impliqué le retour de l'enfant au Royaume-Uni. Un tel retour n'est pas fondé sur la Convention de La Haye de 1980, mais il représente une mesure de protection au sens de la Convention de 1996, normalement rattachée ou implicite à une décision sur la garde du parent requérant (consid. 5.5.1.1). La demande en reconnaissance en Suisse portait ainsi sur la décision anglaise, déclarée exécutoire le 17 décembre et motivée le 20 décembre 2021.

Dans un premier temps, les juridictions vaudoises avaient traité la demande déposée devant les juridictions anglaises de « demande de retour fonctionnelle », qualification « manifestement erronée » (ATF du 6 juillet 2023, consid. 5.5.1.2). L'assimilation à l'arrêt du 16 novembre 2020 (5A_105/2020, SRIEL 2021 p. 494) était fautive dès lors qu'il s'agissait dans ce cas de l'enlèvement d'un enfant en Algérie, Etat non contractant de la Convention de 1980, le retour de l'enfant étant demandé en Suisse par la mère dans le cadre d'une démarche visant l'attribution exclusive des enfants ; la compétence suisse était fondée sur l'art. 5 de celle-ci et pourvue de la *perpetuatio fori* (consid. 5.5.1.2). Ecartant les objections fondées sur l'ordre public à l'encontre de la décision anglaise, les autorités cantonales ont reconnu et constaté la force exécutoire de celle-ci.

Le Tribunal fédéral replace le débat sur le rôle de l'art. 7 de la Convention de 1996 qui permet à l'autorité de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant de conserver sa compétence pour prendre des mesures jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que, de surcroît, on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant. Cette dernière conséquence suppose que l'enfant ait résidé dans l'autre Etat pour une période d'au moins un an depuis que le parent lésé a pu connaître son lieu de localisation, qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période ne soit en cours d'examen et que l'enfant se soit intégré dans son nouveau milieu.

Il est possible que le retour de l'enfant soit ordonné à travers une mesure de protection portant sur les droits de garde ou d'autorité du parent lésé par l'enlèvement, même si ce retour n'a pu être obtenu par le biais d'une démarche fondée sur la Convention de 1980. Il subsiste ainsi une « compétence indirecte » de l'Etat de l'ancienne résidence pour ordonner le retour d'un enfant enlevé vers un autre Etat (consid. 5.4). Cela dit, il ne faut pas se faire d'illusions. Dès lors que les autorités de cet « autre Etat » ont refusé le retour de l'enfant, il est fort probable qu'elles refuseront également la reconnaissance d'une telle décision étrangère, étant donné que les objections fondées sur l'art. 13 de la Convention de 1980 sont le plus souvent placées dans le contexte de l'ordre public de l'Etat de refuge de l'enfant. En l'espèce, il fallait donc savoir si les conditions posées par la lettre b de l'art. 7 al. 1 étaient réalisées le 17 décembre 2021. Concrètement,

seule l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu en Suisse laissait encore des doutes, raison pour laquelle l'affaire a été renvoyée à l'autorité cantonale (consid. 5.5.3). Cette réserve ne permettait pas (encore) aux autorités suisses de se saisir de la question de l'attribution de la garde de l'enfant (art. 5 al. 2 ; consid. 7). Le 11 octobre 2023, le Tribunal fédéral a encore rejeté une demande de révision de la mère, dirigée contre son arrêt, expliquant que l'arrêt querellé n'avait pas exclu définitivement un retour de l'enfant sur la base de la Convention de 1996 (5F_25/2023, consid. 2.3).

La suite n'ayant pas été sans obstacles, l'affaire a abouti le 29 décembre 2023 à l'injonction faite à la première juge d'instruire et de trancher les modalités de la prise en charge de l'enfant, sa décision de reconnaître et rendre exécutoire en Suisse la décision anglaise rendue en décembre 2021 étant annulée. La juge cantonale avait constaté que toutes les conditions de l'art. 7 de la Convention de 1996 étaient réalisées, y compris le facteur de l'intégration de l'enfant en Suisse ; les juridictions anglaises étaient dès lors incompétentes en décembre 2021. Le retour dans le cadre de la première instance ne pouvait en conséquence porter plus que sur la question de l'attribution du droit de garde et de ses modalités. La mère ayant porté l'affaire une nouvelle fois au Tribunal fédéral, celui-ci a tranché le 26 février 2024, en procédure simplifiée, que son recours était dirigé contre une décision de renvoi en première instance, de nature purement incidente, et donc irrecevable devant la Haute Cour (5A_87/2024).

Non-retour à Hong Kong d'une enfant de 14 ans à la suite d'un long voyage avec son père, ayant finalement pris fin en Suisse. Couple établi depuis 2010 à Hong Kong où l'enfant devait retourner d'après la requête déposée par la mère en Suisse, le 13 décembre 2022. Opposition libre et réfléchie de la jeune fille justifiant le refus du retour.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 avril 2023, 5A_91/2023 – 31 août 2023, 5A_482/2023

Un premier arrêt, rendu le 6 avril 2023, devait d'abord trancher un curieux préalable. La présidente de la Cour civile du Tribunal cantonal du Valais avait en effet jugé opportun de refuser à l'avocat désigné par l'enfant la capacité pour la représenter dans ce litige, en parallèle à la curatrice nommée auparavant. Or, les rôles respectifs de ces deux auxiliaires de la justice ne se confondent pas entièrement. Le curateur doit rester indépendant et servir uniquement les intérêts du mineur. L'avocat comme mandataire doit se conformer à la volonté de l'enfant et de son environnement vital qui ne manquera pas d'influencer son avenir. Le Tribunal fédéral souligne le fait que l'ordre de retour impacte nécessairement la situation personnelle de l'enfant et qu'il touche ainsi directement ses droits strictement personnels (consid. 7.3). Dans ces conditions, la nécessité de réaliser le bien objectif de sa mandante n'apparaît pour son mandataire pas autant au premier plan que pour le curateur. On ne saurait donc nier à l'avocat désigné par l'enfant sa capacité de postuler, même si sa position et celle du curateur devaient souvent se recouper. La question devait être ouverte, en revanche, de savoir si l'enfant disposait de la capacité de discernement suffisante pour mandater un avocat

de son choix. Il n'y a pas eu de controverse sur ce point, le Tribunal cantonal ayant limité son examen au motif d'opposition de l'art. 13 al. 2 de la Convention de 1980.

Le second arrêt du Tribunal fédéral porte sur cette seule question, dont la réponse permettait de clore le litige. Comme c'est souvent le cas, l'arrêt est structuré en deux parties, dont la première rappelle des conclusions d'arrêts rendus il y a bientôt 20 ans, tandis qu'une seconde partie analyse les circonstances concrètes du litige qui constituent le véritable fondement de la décision.

L'un de ces vieux arrêts est celui qui exige que pour retenir l'opposition de l'enfant à son retour, l'enfant doit être en mesure de comprendre le sens et la problématique de la décision à cet égard. La tranche d'âge pertinente pour juger de la maturité de l'enfant se situant entre 10 et 14 ans, on comprend aisément, avec un peu d'ouverture d'esprit, qu'une telle exigence, si elle était prise à la lettre, est complètement irréaliste, s'agissant d'une question complexe que même des juristes formés en droit international ont de la peine à assimiler. L'arrêt en fournit la démonstration, comme tant d'autres, étant donné qu'il ne répond pas à la question par rapport à l'enfant dont il s'agit de juger la maturité. La question, jugée essentielle, ne lui a pas été posée. Elle est d'autant plus anachronique que le Tribunal fédéral constate lui-même que le sort du litige au fond, portant sur l'attribution de la garde, n'est pas sans influencer la décision à prendre dans le litige sur l'enlèvement.

L'examen *in concreto* porte ainsi fondamentalement sur la formation autonome de la volonté de l'enfant (sans nécessairement être détachée d'influences extérieures) et l'absence de toute manipulation ou endoctrinement ayant pour origine l'avis de sa personne de référence. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre la jurisprudence exigeant que l'enfant s'exprime avec une certaine insistance et avec des motifs compréhensibles (consid. 4.1).

Les relations de l'enfant avec sa mère étaient conflictuelles à divers égards. Déjà avant son départ de Hong Kong, l'enfant s'exprimait en ce sens qu'elle entendait se distancer de sa mère, dont le comportement inadéquat et préjudiciable pour l'enfant avait pu être constaté par les juridictions saisies du dossier, à Hong Kong et en Suisse. L'arrêt observe que l'on ne saurait penser qu'en tenant compte de ces éléments et de leur illustration, la magistrate cantonale se soit érigée en juge du fond. Il est cependant également remarqué qu'il serait difficile de faire abstraction du sentiment de l'enfant à l'égard du parent resté dans l'Etat d'origine (consid. 4.3.3). Cette volonté d'éloignement et, en parallèle, le fait d'être parfaitement intégrée en Suisse, constituent à l'évidence des facteurs à double effet, puisqu'ils sont déterminants pour comprendre le motif d'opposition au retour de l'enfant, mais ils sont manifestement tout aussi déterminants pour décider de l'attribution définitive de la garde. Les deux perspectives s'intercalent, et on n'est pas étonné de constater que le Tribunal fédéral ne se demande aucunement si l'enfant ait pu les distinguer, ce dont un vieil arrêt exige qu'il en soit capable.

Enfants nés en 2015 d'un couple non marié vivant séparément depuis 2020. Nombreux conflits et procédures, civils et pénaux, en Espagne. Départ de la mère d'Espagne en été 2021, rejoignant les enfants en France, puis repartant vers la Suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 25 avril 2023, 5A_197/2023

En Espagne, les 11 décembre 2020 et le 9 juillet 2021, la garde exclusive des deux garçons a été attribuée à leur mère, prévoyant cependant que celle-ci devait se présenter régulièrement au tribunal de Pozuelo de Alarcón et ne pas quitter cette localité. Elle avait finalement rejoint ses enfants qui se trouvaient en France avec leurs grands-parents maternels en été 2021. Au terme de ce séjour de vacances, elle avait décidé de ne pas retourner en Espagne, puis avait rejoint la Suisse avec ses enfants. Le 15 juillet 2022, le père a introduit devant le Tribunal cantonal de Neuchâtel une requête tendant au retour de ses fils en Espagne. La curatrice des enfants faisait état de leur volonté de ne pas revoir leur père et elle encourageait l'instauration d'une médiation parentale. Un droit de visite sous forme de visioconférence s'est soldé par un échec, de même que la médiation tentée entre les parties s'est révélée inefficace. Un expert constatait un trouble du spectre de l'autisme chez les enfants. En automne 2022, les enfants ont été enlevés du domicile familial en l'absence de leur mère ; ils ont été repérés en France dans un véhicule conduit par le père qui a été assigné à résidence en France, sans être extradé pour autant vers la Suisse. Le 24 février 2023, la requête du père a été rejetée par le Tribunal cantonal. L'affaire a alors été portée devant le Tribunal fédéral. Curieusement, la curatrice des enfants ne s'est pas déterminée, alors qu'elle avait auparavant fait état de la position hostile des enfants à leur retour et fait part du regard objectif sur leurs intérêts.

L'arrêt commence par les généralités habituelles et vides de sens, dès lors que le Tribunal fédéral ne les observe pas lorsqu'il en vient à examiner les circonstances du cas particulier. Ainsi, affirmant que le retour de l'enfant ne concernerait pas les parents (qui sont pourtant parties au procès), une séparation entre l'enfant et son parent de référence ne constitue pas à elle seule une cause de refus du retour, citant toujours le même vieil arrêt rendu dans l'affaire W. (ATF 130 III 530 ss), ignorant l'arrêt parallèle rendu sur recours des enfants dans la même affaire et sans noter que ces arrêts ont été rendus avant l'entrée en vigueur de la LF-EEA (cf., en dernier lieu, ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.3.2, SRIEL 2022 p. 249 ; ATF 21. 3. 2022, 5A_96/2022, c. 5.1, SRIEL 2023 p. 266). On va même jusqu'à affirmer qu'un enfant est en mesure de faire face à un tel changement de résidence du fait qu'il l'a généralement déjà subi une première fois en raison de l'enlèvement, sans noter qu'en l'espèce, une telle séparation du père n'a pas eu lieu à ce moment (mais bien avant, en 2020 déjà). Or, ce principe est aussitôt bafoué par la constatation que les difficultés des enfants (âgés de 8 ans) « d'appréhender intellectuellement une situation complexe de séparation avec une personne qui leur était chère et celles d'interagir à distance avec elle alors qu'ils en seraient séparés contribueraient certainement à leur faire ressentir son absence comme insupportable dès

lors qu'en cas de retour, celle-ci ne pourrait pas leur expliquée ou ne l'être que de manière limitée ». Une telle situation, « insuffisante pour nourrir un lien vivant », conduirait ainsi à « une situation intolérable pour eux » (consid. 4.2.1). Contrebalançant sa platitude sur l'insensibilité des enfants au-delà de l'âge de deux ans à leur séparation de leur parent de référence, l'arrêt relève que la cour cantonale avait retenu que « leur intérêt supérieur ne le recommandait pas », cette conclusion étant mise en évidence par le fait que le père niait les besoins spécifiques de ses fils, de sorte que des doutes pouvaient être émis sur son aptitude à en prendre soin de manière adéquate, démontrant une impulsivité et une absence de scrupules sortant de l'ordinaire (consid. 4.3). On suivra évidemment le Tribunal fédéral dans cette analyse, mais comment peut-on oublier les affirmations gratuites qu'un enfant au-delà de deux ans est en principe apte à subir la séparation de sa mère ? L'arrêt conclut en rappelant que la séparation entre les enfants et leur mère ne serait pas supportable pour ceux-ci et que l'éventualité d'un placement auprès de tiers devait être écartée (consid. 4.4).

Se trouve ainsi enterrée une autre des platitudes standard, selon laquelle la mère, à l'origine de l'acte illicite de l'enlèvement, « ne peut invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour » (consid. 4.1.3), sans admettre que la perspective de la situation de la mère se répercute nécessairement sur le sort de l'enfant. L'arrêt fait en effet tout le contraire, suivant la présentation de la situation par la mère et son conseil, appuyée par l'arrêt cantonal. Si elle n'y avait pas le droit, comme l'affirme le Tribunal fédéral, quelle aurait alors été la conclusion de l'arrêt s'il restait à considérer uniquement la plaidoirie du père, sachant, par ailleurs, que la curatrice des enfants pensait représenter leurs intérêts au mieux en conservant le silence ?

Enfant de deux ans enlevé par la mère en Suisse. Ordre de retour en France prononcé par la Cour de justice à Genève. Jugement français attribuant l'autorité parentale exclusive à la mère et fixant la résidence habituelle de l'enfant au domicile de sa mère. Requête de la mère en modification, respectivement tendant à l'annulation de l'arrêt genevois. Requête rejetée par la Cour de justice. Recours de la mère admis par le Tribunal fédéral.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 13 juillet 2023, 5A_355/2023

Après la séparation du couple non marié d'une fille née en 2020 en France, un premier déplacement illicite de la mère avec l'enfant fin décembre 2021 s'est soldé par un ordre de retour prononcé par la Cour de justice de Genève le 13 février 2023. Quelques jours plus tard, la mère a requis la modification de cet arrêt, concluant à l'annulation du prononcé sur le retour, se prévalant d'un jugement rendu le 31 janvier 2023 par le Tribunal judiciaire de Thonon-les-Bains (France) tendant à l'attribution en sa faveur de l'autorité parentale exclusive et fixant la résidence habituelle de l'enfant au domicile de sa mère. Le père a interjeté appel de ce jugement. Après avoir suspendu le caractère exécutoire de son arrêt, la Cour de justice a rejeté la requête de la mère et a fixé un nouveau délai pour exécuter le retour de la mineure en France. Renversement au Tri-

bunal fédéral, qui admet son recours. Il est constaté tout d'abord que la reconsidération d'une décision ordonnant le retour de l'enfant ne doit pas sortir des limites posées par la Convention de 1980, ce que l'art. 13 al. 1 LF-EEA admet également en se référant à des circonstances qui auraient changé « de manière déterminante ». L'arrêt ne suit pas l'argument de la mère selon lequel la décision rendue en France aurait rendu licite le déplacement de la mineure ; en effet, il ne faut pas mélanger le retour en cas d'enlèvement avec une décision sur le fond. Cependant, on observe que la juridiction de l'Etat d'origine qui statue sur le fond indique qu'il n'apparaît pas opportun de modifier à nouveau le lieu de vie de l'enfant. La résidence habituelle de l'enfant devait être fixée au domicile de la mère. La juridiction de l'Etat de provenance de l'enfant privilégie ainsi expressément le maintien de l'enfant en Suisse avec le parent ravisseur à son retour dans son Etat d'origine. Le caractère provisoire de la décision rendue en France, dont il n'est pas contesté qu'elle ne serait pas exécutoire, n'est pas décisif, étant rappelé que l'art. 13 al. 1 LF-EEA exige que la circonstance décisive pour reconsidérer une décision de retour doit être « déterminante » et non durable (consid. 3.4). On aurait également pu évoquer l'intérêt à éviter à l'enfant un « double retour ». Quel aurait été le sens véritable de renvoyer l'enfant avec sa mère en France, dont on sait que ses juridictions les autorisent à revenir en Suisse ? Dans ces conditions, on est étonné de constater que la curatrice de l'enfant ait soutenu un tel va-et-vient, en sollicitant le rejet du recours de la mère.

Cet arrêt est très positif et plein de bon sens. On lui ajoutera une touche de perspective future. En effet, si l'attribution de la garde exclusive au ravisseur prononcée dans l'Etat de provenance constitue un motif déterminant pour obtenir la modification d'un arrêt ordonnant le retour, une telle situation devrait également être prise en considération au stade de l'examen initial d'une demande de retour. En effet, les deux situations sont les mêmes : il convient d'éviter à l'enfant un double retour lorsque, certes, l'enlèvement était illicite et mérite sa sanction, mais que celle-ci est vide de sens et préjudiciable à l'enfant si les autorités compétentes pour statuer au fond ont décidé ou sont sur le point de décider au fond que l'enfant restera placé sous la garde du ravisseur, qui se trouve le plus souvent être la mère. L'un des objectifs fondamentaux de la LF-EEA (notamment de ses art. 5 et 10) était d'éviter à l'enfant ce genre de situation (FF 2007 p. 2463).

Enfant de dix ans enlevé par sa mère de la France en Suisse en mars 2023. Audition de l'enfant par sa curatrice suffisante. Consentement du père non démontré. Jugement français fixant la résidence de l'enfant auprès de sa mère en Suisse. Fait nouveau irrecevable, la mère recevant le conseil de s'en prévaloir devant l'autorité cantonale en agissant en modification de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 31 janvier 2024, 5A_903/2023

Jusqu'à ce que le Tribunal fédéral aille jusqu'à qualifier une relation familiale de « combat », il faut que cela soit sérieux, voire désespéré. Le terrain du conflit est la Suisse et

la France, tant sur le plan civil que pénal. Suite à une première séparation, la Cour d'appel de Chambéry a réglé les relations personnelles sur la fille en mai 2016, fixant le domicile de celle-ci chez sa mère en Suisse. La famille ayant à nouveau vécu ensemble en France en 2019, la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en France. En mars 2023, la mère et l'enfant ont quitté la France pour s'installer dans le canton de Genève. Le 8 juin 2023, le père formulait une demande de retour de l'enfant, qui a été admise par la Cour de justice, non sans avoir tenté une médiation qui a cependant échoué.

Le premier moyen à l'appui de son recours consistait en le grief d'une violation du droit d'être entendu de sa fille en rapport avec son opposition quant à son retour en France. Celle-ci n'aurait pas été entendue de manière suffisamment détaillée, son état de maturité n'ayant pas été évalué, ce qui apparaissait pourtant indispensable pour une enfant de 10 ans et de santé fragile. De surcroît, les déterminations de la curatrice faisaient suite à une seule rencontre, étaient lacunaires et ne tenaient pas compte de l'opposition pourtant claire et qualifiée de l'enfant. L'arrêt balaie la critique en observant que la curatrice et l'enfant se sont en effet rencontrés et que « la mineure a donc bien été entendue dans le contexte de la présente procédure ». Par ailleurs, l'audition ayant eu lieu devant le Service de la protection des enfants dans le contexte d'une autre procédure laissait apparaître que l'enfant ne disposait pas d'une volonté autonome permettant de tenir compte de son opposition au sens de l'art. 13 al. 2 de la Convention de 1980 (consid. 4). Ce raisonnement est très léger et manifestement en violation de l'art. 9 al. 2 LF-EEA. L'enfant devait être auditionnée d'office dans un contexte réservé à la question de l'enlèvement, sans égard à la question de savoir si son avis peut entrer en considération en tant qu'opposition formelle au retour. Et surtout, comme le prescrit la disposition citée, l'audition doit être le fait du tribunal ou d'un expert chargé par celui-ci. La curatrice n'avait manifestement pas la qualité pour procéder à une telle audition, incompatible avec son rôle de représentante de l'enfant (cf. ATF 142 III 153 ss, 162–164).

Par son second moyen, la recourante faisait valoir que la cour cantonale ne s'était pas expliquée sur la question du consentement du père à l'enlèvement. Le Tribunal fédéral lui reproche une confusion au regard de l'arrêt cantonal ; la critique est sévère et excessive au regard de la constatation de l'arrêt que « la cour cantonale n'a pas explicitement motivé les raisons pour lesquelles elle retenait le défaut d'accord de l'intimé au déplacement » (consid. 5.2). Si cela ne s'y trouvait qu'implicitement, il n'est pas acceptable que la recourante, respectivement son conseil, se fasse critiquer de ne pas avoir compris la distinction entre le défaut de motivation et le déni de justice.

En conclusion, l'arrêt admet le retour et ordonne à la mère d'assurer le retour de sa fille en France, dans un délai d'un peu plus de trois semaines. En réalité, ce n'est pas ce qu'il fait, aussi surprenant que cela puisse paraître. En effet, le Tribunal fédéral avait dans son dossier la décision rendue le 19 décembre 2023 par le Tribunal judiciaire de Thonon-les-Bains, fixant la résidence de l'enfant chez la mère, à Genève. Les parties et la curatrice se sont déterminées sur ce document, qui avait pour seul défaut d'être

nouveau et donc frappé par la prohibition des nova (art. 99 al. 1 LTF) que le Tribunal fédéral tient pour sacrée, alors qu'elle viole à la fois la Convention de 1980 et la LF-EEA en tant que *lex specialis*.

On commence par évoquer l'absurdité de la situation (déjà relevée au sujet de l'ATF du 21 mars 2022, 5A_96/2022, consid. 5.5.3 et 8, SRIEL 2023 p. 266, qui sert de référence). Il est conseillé à la mère (sans parler de l'enfant) de se prévaloir de la décision française en introduisant une demande de reconsidération en vertu de l'art. 13 al. 1 LF-EEA. L'arrêt explique que cette demande devait être introduite devant les autorités cantonales « ayant ordonné le retour de sa fille ». Cela est d'abord inexact du fait que le retour, en définitive, a été ordonné par l'arrêt du Tribunal fédéral. Mais surtout, le moyen de la reconsidération n'est pas indispensable, contrairement à ce que le Tribunal fédéral en dit, étant donné que la décision française portant sur le fond du droit de garde doit être reconnue en Suisse d'après la Convention de La Haye de 1996. Tout retour selon la Convention de La Haye de 1980 est ainsi absorbé par cette décision autorisant la mère de garder l'enfant chez elle. On est étonné de lire le Tribunal fédéral ordonner au Service de protection des mineurs d'organiser le retour « au besoin en recourant à l'aide de la police genevoise », alors que les juges fédéraux conseillent à la mère de faire reconsidérer leur arrêt et qu'ils auraient dû savoir que la décision française faisait obstacle à tout retour de l'enfant en France. Est-ce que l'on n'a pas pensé à l'angoisse provoquée par un tel arrêt dans la famille de la mère et de son enfant de 10 ans, purement gratuite car non fondée en droit, de l'avis même du Tribunal fédéral qui avait le *novum* dans son dossier ? Enfin, la voie judiciaire recommandée par le Tribunal n'est pas la seule : la procédure d'enlèvement étant vidée de son sens, la mère et l'enfant pourraient également requérir de l'autorité cantonale de procéder simplement au classement de la procédure d'exécution (art. 13 al. 2 LF-EEA).

Il reste à percer le mur de la prétendue prohibition de nova fournis postérieurement à l'arrêt cantonal. Le fait que cet obstacle n'a pas toujours été respecté est allé aux oubliettes (cf. l'ATF du 16. 4. 2009, 5A_105/2009, c. 3.6 et 3.7, RSDIE 2012 p. 301). Contrairement aux apparences, le présent arrêt fournit déjà un premier élément de preuve que la prétendue prévalence des prescriptions de la LTF empêcherait le Tribunal fédéral de déroger à l'art. 99 LTF. En effet, les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée (art. 61 LTF). On ne peut donc y revenir, ni pour les annuler, ni pour les modifier, sauf du fait du Tribunal fédéral lui-même (pour le cas d'une révision, art. 128 al. 1 LTF). Or, l'art. 13 al. 1 LF-EEA déroge à ce principe, comme le reconnaît le présent arrêt, acceptant que celui-ci puisse être modifié si cela est commandé par des circonstances nouvelles et déterminantes.

Un arrêt fédéral ordonnant le retour de l'enfant en statuant que l'arrêt est susceptible d'être modifié eu égard à une pièce déjà fournie au tribunal, est de nature provisoire. Ce retour et son exécution sont d'emblée exposés à être renversés au vu d'un document connu du tribunal. Or, la Convention de La Haye de 1980 ne connaît pas de telles décisions. La Convention a pour objet d'assurer le retour immédiat des enfants

enlevés (art. 1 lit. a). Elle ne prévoit pas de décisions provisoires ou subordonnées à des conditions suspensives. Par ailleurs, elle incite les autorités de l'Etat requis de prendre tout au moins en considération les motifs d'une décision sur le fond reconnue dans cet Etat (art. 17) ; certes, cela laisse une marge discrétionnaire, mais cela empêche des refus catégoriques tels que la prohibition de prendre des nova en considération.

Enfin, le recours au Tribunal fédéral en matière d'enlèvement n'est pas d'une nature simplement cassatoire. Le pouvoir de cognition peut être limité, à certains égards, à l'arbitraire, mais le Tribunal fédéral ne peut rendre un arrêt qui se prononce sur la question de retour sans avoir examiné les conditions posées par la Convention et les objections que les recourants et l'enfant ont qualité pour en exiger la prise en considération. Ainsi, malgré ce qu'il en dit, le Tribunal fédéral doit accepter que l'obligation s'impose à lui de vérifier de quelle manière sa décision peut être exécutée dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, et ceci compte tenu des exigences de l'art. 13 de la Convention et de l'art. 10 LF-EEA. S'il n'entend pas y procéder lui-même, il doit renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale. Mais il ne peut ordonner un retour de l'enfant sans avoir correctement appliqué les exigences requises, en violation de la Convention. Dans un arrêt du 25 mars 2015, le Tribunal fédéral l'a déjà reconnu, constatant que l'art. 10 al. 2 LF-EEA pouvait l'amener à procéder lui-même aux vérifications nécessaires (5A_51/2015, c. 6, SRIEL 2016 p. 446, renvoyant par ailleurs à l'ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, c. 3, RSDIE 2012 p. 301).

Une autre confusion apparaît encore. Dans d'autres affaires, en effet, dans lesquelles le Tribunal fédéral ne tranchait pas une condition décisive pour conclure dans le sens d'un retour effectif, ce retour a été ordonné sous la réserve de l'injonction faite à l'autorité d'exécution de vérifier cette condition avant de procéder au retour. C'était le cas dans l'affaire d'Israël, commentée supra, mais également dans un cas où il fallait vérifier encore si une plainte pénale avait effectivement été retirée (ATF 21.3.2022, 5A_96/2022, c. 6.2, SRIEL 2023 p. 266) ou si des conditions d'accueil en Amérique étaient satisfaites (ATF cité du 16.4.2009). On aurait donc pu s'imaginer que dans le présent arrêt franco-suisse, le Tribunal fédéral, à défaut d'apprécier lui-même un novum dont il avait connaissance, renvoie l'affaire à l'autorité cantonale (de préférence à l'autorité cantonale d'exécution) pour qu'elle en décide définitivement. Car sans procéder ainsi, la mère ne dispose d'aucun titre pour s'opposer à l'exécution de l'arrêt fédéral et doit attendre l'arrêt cantonal modifiant celui-là afin de se mettre à l'abri de la pression de s'exécuter par le retour en France.

II. Arrêts en bref

Jugement américain relatif au paiement d'entretien à l'épouse et aux enfants. Mainlevée définitive requise en Suisse. Traité bilatéral de 2004 entre la Suisse et les Etats-Unis. Conditions de l'exécution en Suisse selon la LDIP. Exigence d'une attestation de l'entrée en force et du caractère exécutoire du jugement.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 29 juin 2023, 5A_828/2022

L'accord bilatéral avec les Etats-Unis du 31 août 2004 (RS 0.211.213.133.6) relève de l'entraide plutôt que de l'exécution forcée. En effet, les conditions de celle-ci restent régies par le droit commun de l'Etat requis (art. 7 al. 1). En revanche, il est prévu que la requête tendant à l'exécution d'une décision rendue dans l'autre Etat contractant doit être transmise par l'Autorité centrale de la Partie requérante à l'Autorité correspondante de la Partie requise (l'Office fédéral de la justice en Suisse), moyennant un formulaire standard et accompagnée d'une déclaration attestant que la décision est définitive, ou à défaut, qu'elle est exécutoire, et de la preuve que le défendeur a été entendu par l'instance qui a rendu la décision ou qu'il a été informé de la procédure et que l'occasion lui a été donnée d'y participer; la décision est communiquée sous la forme d'une copie certifiée conforme ou authentifiée selon des critères admis par la Partie requise (cf. art. 4). L'exposé de l'arrêt laisse comprendre qu'au début du processus de transmission du jugement américain, les dispositions de l'accord bilatéral n'ont pas été suivies. Les Autorités centrales respectives n'étaient pas impliquées et le formulaire d'accompagnement n'était pas celui de l'accord (art. 4 al. 2), mais celui recommandé par la Conférence de La Haye en liaison avec la Convention de 2007 sur les obligations alimentaires. Le débiteur a cependant fait valoir en Suisse que la déclaration prévue par l'accord bilatéral n'était ni signée, ni estampillée, comme cela est exigé en Amérique. Il n'a pas été suivi dans cette argumentation, en référence à une jurisprudence acceptant l'entrée en force et le caractère exécutoire d'une décision étrangère même en l'absence d'une déclaration faite à cet effet, si la réalisation de ces conditions n'est pas contestée ou qu'elle résulte d'autres pièces du dossier (consid. 3.3.1). De toute manière, l'accord bilatéral n'était pas décisif sur ce point, étant donné que son application n'est pas exclusive (art. 2 al. 3). Le formulaire de La Haye ne prévoit pas autant d'exigences formelles non plus, ce qui démontre que l'on ne saurait soutenir que celles-ci auraient une valeur « universelle » (consid. 3.3.2).

Jugement alimentaire rendu au Portugal et déclaré exécutoire en Suisse selon la Convention de Lugano. Jugement complémentaire sur les frais d'étude non exécutoire en Suisse, une déclaration incidente de l'exequatur n'étant pas possible. Requête tendant à l'octroi d'un avis aux débiteurs, comprenant une déclaration d'exequatur incidente.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 12 juillet 2023, 5A_742/2022

L'arrêt se limite à un seul point utile, constatant que l'avis aux débiteurs selon l'art. 291 CC, fondé sur un jugement étranger reconnu et exécutoire en Suisse, relève de l'art. 22 ch. 5 de la Convention de Lugano. Les conditions requises à cet effet, telle que la possibilité d'une déclaration d'exequatur incidente n'ont pas été traitées, faute d'avoir été invoquées de manière suffisamment précise. L'arrêt fait remonter le principe qualifiant l'avis aux débiteurs de mesure d'exécution à une jurisprudence de 2011 (ATF 138 III 11 ss, 24). Depuis, cette position a été inversée en droit interne (ATF 145 III 255 ss, 256–266), mais conservée sous le régime de la Convention (ATF 12.7.2023, 5A_742/2022, c. 1.2.2). Un jour, il faudra bien instaurer un régime cohérent et abandonner un système qui qualifie le même avis selon l'art 291 CC de manière différente, selon qu'il relève du droit interne ou du droit international.

Mesures protectrices de l'union conjugale. Compétence suisse dépendant de la possibilité de reconnaître en Suisse un jugement de divorce rendu au Maroc.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 15 novembre 2023, 5A_458/2023

La partie litigieuse de l'arrêt reprend toutes les conditions de la reconnaissance d'un divorce étranger (consid. 3), constatant la compétence des tribunaux marocains de la nationalité commune (art. 65 al. 1 lit. a), les diverses facettes de l'ordre public (art. 25) et les documents à fournir en cas de jugement rendu par défaut (art. 29 al. 1 lit. c). L'Obergericht de Zurich avait constaté que l'épouse avait été représentée devant les juges marocains par un avocat qu'elle n'avait pas mandaté. Cela signifie que le divorce avait été prononcé en définitive par un jugement par défaut, rendant indispensable la production d'un document établissant que la partie défaillante a été citée régulièrement et qu'elle a eu la possibilité de faire valoir ses moyens (art. 29 al. 1 lit. c). L'époux n'avait pas apporté la preuve de la citation régulière de son épouse (consid. 6). L'intervention de l'épouse dans le procès, retracée dans le jugement, était celle de l'avocat qui s'était manifesté en son nom, mais qu'elle n'avait pas désigné ; ses actes ne peuvent lui être imputés (consid. 7).

Entretien des enfants, vivant en Suisse, de la part de leur père, travaillant en Pologne. Détermination du montant des aliments, incluant l'hypothèse du retour du père en Suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 1^{er} décembre 2023, 5A_306/2023

L'épouse a intenté l'action en divorce à Bâle le 2 octobre 2017, après que son mari ait fait de même en Pologne, le 30 août 2017. A la même période, les deux enfants ont pu être renvoyés en Suisse à travers une procédure d'enlèvement menée en Pologne. Le litige porte sur la demande d'entretien que l'épouse exige de son mari pour les enfants et pour elle-même. La différence des revenus mensuels entre la Pologne (env. 1'300.-) et la Suisse (env. 8'300.-) étant considérable, la question centrale était de savoir si l'on pouvait exiger du père de revenir en Suisse où il devrait aisément trouver un travail compte tenu de ses connaissances en sciences et gestion d'entreprise. L'enracinement dans la

vie familiale et sociale en Pologne était certes plausible, mais ne pesait pas d'un poids déterminant compte tenu du fait qu'il avait travaillé pendant presque dix ans dans la région bâloise. S'agissant de l'entretien des enfants, la jurisprudence exige des parents un effort pouvant aller jusqu'à épuiser leurs forces de travail. Cela peut inclure des restrictions dans le choix du lieu de vie, étant entendu que l'imputation d'un revenu hypothétique suppose une justification économique concrète. Compte tenu des obligations familiales envers les enfants, les restrictions que le père va devoir subir au niveau de ses droits fondamentaux (libertés personnelle et économique) ne sont pas décisives et en tout cas pas arbitraires.

Enfant de parents français dont la garde est attribuée au père. Droit de visite de la mère, domiciliée en Allemagne et disposant d'une résidence en France, restreint exclusivement au territoire suisse. Père emménageant avec son fils en France. Demande de la mère en modification de son droit de visite. Incompétence des juridictions genevoises. Absence d'un transfert de compétence en leur faveur. Convention de La Haye de 1996.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 25 avril 2023, 5A_679/2022

Le déplacement de la résidence du père et de son enfant devait avoir pour effet de chambouler les démarches judiciaires en cours. La mère a certes obtenu, dans un premier temps, une adaptation de l'exercice de son droit de visite, mais celui-ci devait toujours s'exercer en Suisse, où l'enfant continuait sa scolarité. Finalement, elle a été autorisée à quitter le territoire suisse durant le week-end. Les vacances étant toujours limitées à la Suisse, son recours à la Cour de justice s'est soldé par la surprise que celle-ci annulait l'ordonnance rendue en première instance et déclarait l'incompétence des juridictions genevoises, étant donné que la mère vivait en Allemagne, tandis que le père s'est établi avec l'enfant durablement, depuis début 2020, en France. Certes, elle n'avait pas donné son accord au déménagement en France, mais elle n'avait pas entrepris non plus de démarche devant les juridictions françaises visant à obtenir le retour de l'enfant sur le territoire suisse. Dans ces conditions, il ne pouvait subsister une compétence résiduelle en vertu de l'art. 7 de la Convention de 1996 en Suisse (consid. 4). Une telle compétence ne pouvait être fondée non plus sur le mécanisme de transfert de compétence selon les art. 8 et 9. L'argument était d'emblée infondé. En effet, la France n'a pas sollicité un tel transfert de compétence à la Suisse, s'estimant au contraire incompétente, et la Suisse n'a pas réclamé un transfert de compétence en sa faveur, lequel aurait dû être expressément admis par la France. La question ne pourrait donc être soulevée sérieusement qu'au moment où les autorités respectives seraient saisies de la question de l'opportunité d'un tel transfert de compétence (consid. 5.2.2).

Mesure chypriote désignant un administrateur chargé de gérer le patrimoine d'un pupille ne disposant plus de toutes ses capacités cognitives. Acte de la juridiction gracieuse. Participation du pupille à la procédure de reconnaissance en Suisse non indispensable compte tenu des circonstances.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 4 mai 2023, 5A_349/2022

L'administrateur du patrimoine et des affaires personnelles du pupille prétendait tirer ses pouvoirs d'une décision rendue à Limassol en Chypre le 2 mars 2021. Dans le contexte du règlement d'affaires bancaires en Suisse, le Bezirksgericht de Zurich était saisi de la reconnaissance de cet arrêt en Suisse ; elle fut refusée le 22 décembre 2021, de même par l'Obergericht en date du 23 mars 2022. Cette instance cantonale avait estimé la demande irrecevable dès lors qu'elle ne citait pas le pupille en qualité de partie adverse, rendant la procédure contradictoire (consid. 3.1). L'administrateur et recourant devant le Tribunal fédéral arguait du fait qu'il s'agissait de la reconnaissance d'une mesure relevant de la juridiction gracieuse (art. 31 LDIP), entraînant une procédure non contradictoire. De toute manière, la personne concernée n'était pas partie de la procédure en Chypre et par ailleurs incapable d'agir et de mener un procès. L'administrateur étant son représentant, il serait inconcevable qu'il conduise un procès contre lui-même. Le Tribunal fédéral le suit, mais avec des nuances. Selon la Convention de La Haye de 2000, la procédure de reconnaissance est régie par le droit de l'Etat requis (art. 23 al. 1). La mesure ordonnée en chypre ne visait qu'une seule personne et devait donc être assimilée à un acte de la juridiction gracieuse (consid. 3.5), pour laquelle les dispositions générales des art. 25 à 29 ne peuvent s'appliquer que par analogie (« *sinngemäss* ») dans le cas particulier (consid. 3.6). Dans une procédure de reconnaissance, la partie qui s'y oppose doit être entendue (consid. 3.7.1). Cependant, les particularités de l'espèce doivent être prises en compte. La mesure prise ne l'a pas été par le biais d'un procédé bilatéral. La personne à protéger était sérieusement restreinte dans ses capacités cognitives et dépourvue de la capacité de discernement, pour le moins s'agissant de la gestion de son patrimoine. Dans ces conditions, il serait inapproprié de la contraindre à l'inclure dans une procédure de reconnaissance. L'affaire devait donc être renvoyée à l'autorité cantonale afin qu'elle élucide les autres conditions de la reconnaissance de la mesure chypriote en Suisse.

Enfants enlevés de la Croatie vers la Suisse. Procédure simplifiée suivie par l'Obergericht de Zurich, décidant du retour et de son organisation avant d'avoir entendu les parties et privant celles-ci du recours au Tribunal fédéral, celui-ci le jugeant sans intérêt à partir du renvoi expéditif des enfants du territoire suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 25 avril 2023, 5A_291/2023

La mère avait quitté la Croatie avec ses jumeaux en février 2023, passant par Vienne et arrivant en Suisse le 17 mars 2023, où elle a déposé une demande d'asile. L'Obergericht de Zurich a ordonné le retour des enfants le 5 avril 2023, de telle manière qu'ils devaient être remis au père le jour même, après avoir été repris par la police dans un home et accompagnés jusqu'à l'avion. C'est la procédure à la « zurichoise » qui implique que les juges prennent leur décision entre eux et organisent le retour avant d'avoir entendu les parties, l'exécution immédiate ayant pour but d'empêcher un recours au Tribunal fé-

déral qui a déjà déclaré un tel recours irrecevable, prétendument faute d'intérêt étant donné que l'enfant ne se trouve plus sur le territoire suisse (cf. ATF 120 Ia 165 ss ; ATF 7.9.2015, 5A_623/2015, c. 1, SRIEL 2016 p. 474). Une telle manière de procéder est manifestement choquante, violant de manière crasse le droit des parties d'être entendues par des juges impartiaux n'ayant pas déjà décidé le litige auparavant. Cette fois, le Tribunal fédéral a tout au moins laissé ouverte la question de savoir s'il existait encore un intérêt légitime à recourir (consid. 3). Auparavant, le jour même du renvoi de l'enfant, une juge unique a estimé le recours irrecevable, étant donné que les parties ne disposaient pas encore du texte de l'arrêt cantonal et que le recours n'était pas encore formulé comme il devrait l'être. La juge ajoutait que le Tribunal fédéral avait connaissance de la pratique suivie à Zurich et la protégeait dans des cas manifestes (ATF 5.4.2023, 5A_271/2023, consid. 2). Le respect du droit d'être entendu n'a pas été évoqué. Sur le fond, l'arrêt du 25 avril 2023 ne laissait aucune marge favorable à la démonstration de la mère. Celle-ci n'aurait pas démontré que l'autisme frappant l'un des enfants était démontré au-delà de simples suppositions (consid. 4.1.1), les mauvais traitements subis par les enfants à l'école n'étaient pas confirmés par ceux-ci et devraient être maîtrisés par les enseignants sur place (consid. 4.1.2). Les enfants avaient été entendus dans leur opposition ferme au retour en Croatie, mais leur opinion s'est révélé manifestement le reflet de ce que leur disait leur mère, s'agissant notamment de nombreuses évocations du comportement du père dans les procédures judiciaires en Croatie (consid. 4.2.2). Finalement, il est affirmé que la Convention de La Haye de 1980 réglerait le retour des enfants de manière « autonome », sans tenir aucun compte de la procédure d'asile en cours (consid. 4.3). Ce dernier argument est inexact dans sa généralité. Une situation répondant aux conditions de l'asile (et donc de la Convention de Genève de 1951) peut constituer un motif d'opposition au retour de l'enfant selon l'art. 13 al. 1 lit. b ou l'art. 20 de la Convention de La Haye. De toute manière, le droit du réfugié au refus de son renvoi dans son pays d'origine l'emporte sur la Convention de La Haye. L'arrêt l'admet, mais ce faisant il apporte une nuance bienvenue à l'observation que la Convention de 1980 constituerait un régime « autonome » par rapport au droit de l'asile. Sur ce thème également, il manquait au Tribunal fédéral des justifications fournies par la mère. On peut cependant ajouter qu'il manque dans l'arrêt également toute mention de la maxime d'office illimitée, comme elle gouverne de telles procédures (cf. ATF 11.10.2017, 5A_655/2017, c. 5.2, SRIEL 2018 p. 259 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 4.3.1, SRIEL 2021 p. 481). Les parties ne sont pas seules à évaluer un risque au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b ; comme l'a dit le Tribunal fédéral, « il appartient en réalité aux autorités d'établir l'existence ou l'absence d'un tel risque » (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 6.3.3, SRIEL 2017 p. 238).

Enfant ayant quitté avec sa mère la Hongrie en 2021, s'établissant au Tessin. Circonstances établissant que sa résidence habituelle s'est créée au Tessin peu de temps après son arrivée. Pas d'enlèvement au sens de la Convention de La Haye de 1980.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 6 avril 2023, 5A_193/2023

Après avoir vécu avec son mari en Hongrie de 2015 à 2021, la mère et l'enfant ont vécu au Tessin depuis le 30 août 2021, où le père avait travaillé auparavant. Les contacts avec le père ont été définitivement rompus le 12 décembre 2022. Celui-ci a déposé le 2 janvier 2023 une demande de retour de l'enfant au Tribunal d'appello du canton du Tessin. Constatant que l'enfant n'était pas revenu en Hongrie depuis la fin des vacances scolaires en été 2022 et que l'éventualité d'un retour ultérieur était un simple objet de discussion entre les parents, l'autorité cantonale a conclu à ce que la résidence habituelle de l'enfant se trouve en Suisse. Il ne saurait donc être question d'un enlèvement illicite au départ de la Hongrie. Pour le père, les faits pertinents se présentent différemment. Jusqu'au 31 décembre 2022, la famille n'aurait jamais habité au Tessin, le fils était inscrit à l'école américaine et ne parlait pas l'italien. Sa résidence habituelle était donc restée en Hongrie. Pour le Tribunal fédéral, malgré l'existence d'une maison en Hongrie et les vacances passées dans ce pays en été 2022, ainsi que l'éventualité d'un retour en Hongrie, de telles indications ne permettent pas de penser que la présence de l'enfant en Suisse aurait été purement provisoire. Bien au contraire, la formation scolaire suivie au Tessin représente un indice fort pour admettre une résidence habituelle, que l'enfant a pu se créer immédiatement dès son arrivée en Suisse. De ce fait, l'on ne pouvait songer à activer le mécanisme de retour de la Convention de La Haye de 1980 (consid. 2). Dans ces conditions, la nomination d'office d'un curateur de l'enfant aurait été un exercice procédural inutile. L'arrêt rappelle tout au moins, citant un ATF du 22 mars 2010 (5A_80/2010, c. 2.2), que cela pouvait encore se faire devant le Tribunal fédéral (consid. 3.3).

Enfant de trois ans accompagnant sa mère dans une vie mouvementée à travers divers pays et continents. Séjours répétés en France, avant le dernier déplacement au Tessin. Convention de La Haye de 1980.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 5 juin 2023, 5A_327/2023

Le point litigieux de l'arrêt porte uniquement sur la résidence habituelle de l'enfant. Le père qui menait également une vie remplie de voyages réclamait le retour de l'enfant qui s'était établi avec sa mère vers l'automne 2022. La garde exclusive a été attribuée au père en France en juillet 2022 et à la mère en décembre 2022 par un tribunal d'Ukraine. Les déplacements de l'enfant et de sa mère ayant été nombreux et leur trace difficile à suivre, il s'est avéré finalement que la France devait l'emporter en tant que pays de la résidence habituelle de l'enfant, où il avait passé des séjours de mars à juin, puis en août et septembre 2022. Il est aussi noté que la mère n'avait pas contesté la compétence de l'autorité française au motif que l'enfant n'y aurait pas sa résidence habituelle. Compte tenu de toutes les circonstances, on pouvait donc conclure qu'avant d'être amené en Suisse, l'enfant avait sa résidence habituelle en France. La Convention de La Haye de 1980 pouvait donc s'appliquer.

Enfants déménagés avec les parents de l'Espagne en Suisse. Retour du père en Espagne, réclamant que les enfants le rejoignent. Convention de La Haye de 1980. Requête manifestement infondée.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil – 9 février 2024, 5A__7/2024

Les refus d'une requête tendant au retour de l'enfant au motif qu'elle serait manifestement non fondée sont rares. En l'espèce, le couple non marié de deux enfants de quatre et de deux ans a quitté l'Espagne pour la Suisse en été 2023. Fin août, la mère a décidé de se séparer de son compagnon, tout en s'opposant à ce que celui-ci parte avec les enfants en Espagne. Les parents ayant été frappés chacun d'une interdiction de quitter le territoire suisse, le père a finalement demandé au Tribunal cantonal du Valais que soit ordonné le retour des enfants auprès de lui en Espagne. Etant donné qu'il était manifeste que les parents avaient convenu de déplacer le domicile des enfants d'Espagne en Suisse, la demande s'avérait manifestement infondée. Le point nouveau est le fondement trouvé par analogie à l'art. 27 de la Convention de 1980, qui limite l'hypothèse d'un refus de procéder à l'Autorité centrale saisie d'une demande de retour (consid. 4.1). L'arrêt accepte cependant également que la requête devait être refusé au motif que le non-retour des enfants en Espagne ne pouvait manifestement pas être qualifié d'illicite selon l'art. 3 de la Convention, sans qu'il faille débattre de l'hypothèse d'un acquiescement (consid. 4.3).