

Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2010 à février 2011¹

par Philippe Meier, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne (version allemande: Thomas Häberli, avocat, juge au Tribunal administratif, Berne)

A. Constitution fédérale et CEDH²

RJ 1-11

Impossibilité de faire établir la paternité juridique sur des enfants biologiques
Arrêt de la CourEDH du 21 décembre 2010 (Chavdarov c. Bulgarie):

1. Vie familiale, au sens de l'art. 8 CEDH, admise pour les relations entre un père biologique et ses trois enfants nés pendant la cohabitation (13 ans) entre lui et sa compagne: liens d'affection pendant la cohabitation, mais aussi après la séparation. **2.** La CourEDH constate, en l'absence de tout consensus sur ce point à l'échelle européenne, qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur national en déterminant si, voire dans quelles conditions, la personne prétendant être le père biologique d'un enfant peut être autorisée à contester la présomption de paternité légitime du mari de la mère. **3.** La Cour doit toutefois chercher à établir si un juste équilibre a été ménagé en l'espèce entre les intérêts concurrents de la société tout entière et des personnes concernées. Or la vie familiale de l'intéressé avec ses enfants n'a jamais été menacée par les autorités, la mère ou le mari de celle-ci. De plus, l'intéressé pouvait solliciter l'adoption des enfants ou demander leur placement chez lui comme parent nourricier. Pas de violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: La Cour EDH a fait peu de cas ces derniers temps des différences entre les réglementations nationales. Elle fait en revanche preuve d'une heureuse retenue dans cet arrêt. Le droit suisse ne permet pas au père biologique d'agir en désaveu de paternité (art. 256 al. 1 CC). Critiquée par une partie de la doctrine (cf. par ex. *I. Schwenzer*, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., Bâle 2010, Art. 256

¹ Cette 22^{ème} édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de novembre 2010 à fin février 2011. Pour les résumés précédents, cf. RDT 2003 117 et 409, RDT 2004 93 et 239, RDT 2005 113 et 249, RDT 2006 75, 183 et 292, RDT 2007 70, 192 et 296, RDT 2008 199, 352 et 476, RDT 2009 102, 245 et 390, RMA 2010 123, 292 et 445. La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci. L'arrêt résumé sous RJ 87-10 est publié aux ATF 136 IV 122, l'arrêt résumé sous RJ 95-10 est publié aux ATF 136 III 423, l'arrêt résumé sous RJ 109-10 est publié aux ATF 136 III 497, l'arrêt résumé sous RJ 115-10 est publié aux ATF 136 V 351, l'arrêt résumé sous RJ 117-10 est publié aux ATF 136 V 313, l'arrêt résumé sous RJ 118-10 est publié aux ATF 136 I 297 et l'arrêt résumé sous RJ 114-10 aux ATF 136 I 309. L'arrêt mentionné en remarque sous RJ 116-10 est publié aux ATF 136 V 346.

² Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database. Les arrêts de Chambre ne sont pas définitifs: un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre peut encore être demandé. Le lecteur est invité à vérifier le caractère définitif de l'arrêt résumé sur le site de la CourEDH.

N 7), cette exclusion semble admissible au regard de cet arrêt de la CourEDH. On rappelle que le père biologique peut tenter d'amener l'enfant (ou son curateur) à agir lui-même, si les conditions de l'art. 256 al. 1 ch. 2 CC sont réunies (ce qui aurait été le cas dans une situation semblable à celle jugée ici).

RJ 2-11

Autorité parentale conjointe sur les enfants de parents non mariés

Arrêt de la CourEDH Sporer c. Autriche du 3 février 2011:

1. Confirmation de l'arrêt Zaunegger (RJ 02-10; commenté par Ph. Meier, RMA 2010 246 ss): l'attribution initiale de l'autorité parentale à la mère d'un enfant né de parents non mariés se justifie afin que l'enfant dispose dès sa naissance d'un représentant légal. **2.** Le droit national doit permettre aux tribunaux d'examiner si l'exercice conjoint de l'autorité parentale est dans l'intérêt de l'enfant même en cas de refus de la mère de consentir à cette attribution conjointe (inégalité de traitement avec le père qui a exercé l'autorité parentale avant de se séparer ou – en droit autrichien – de divorcer d'avec la mère).

RJ 3-11

Droit de visite d'un père biologique

Arrêt de la CourEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010:

1. Existence d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH entre le père biologique et deux enfants (jumeaux), nés après sa séparation d'avec la mère et qu'il n'a jamais rencontrés: une vie familiale projetée suffit lorsque le fait qu'elle n'existe pas encore n'est pas imputable au requérant (ici refus de la mère et du père juridique – son mari – de le laisser les voir). **2.** Même si l'on considérait que les relations du requérant avec ses enfants ne constituent pas une vie familiale, elles concerneraient une partie importante de son identité (il a exprimé dès avant leur naissance le désir d'avoir des contacts avec eux et ils sont issus d'une relation qui n'est pas fortuite, mais a duré deux ans) et donc sa vie privée (art. 8 CEDH). **3.** Le droit allemand ne permettait pas d'accorder un droit de visite au père biologique. Les relations existantes doivent certes être protégées (ici entre le mari de la mère et les enfants, dont il est présumé le père juridique), mais il faut ménager un juste équilibre entre les droits concurrents au regard de l'art. 8 CEDH lorsque plusieurs individus sont concernés (la mère, le père juridique, le père biologique, les enfants des couples mariés et les enfants nés d'une relation hors mariage de la mère). **4.** Violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir examiné si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une relation entre les jumeaux et le requérant aurait été dans l'intérêt des enfants.

Remarque: Selon le § 1685 al. 1 et 2 BGB, «*Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient. Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat*». Une responsabilité effective faisait défaut en l'espèce, puisque le père

n'avait même jamais rencontré ses enfants. Notre art. 274a CC est plus large et ne requiert pas une telle prise en charge, mais seulement des «circonstances exceptionnelles», qui rendent le droit de visite du tiers nécessaire dans l'intérêt de l'enfant. On peut cependant douter qu'une autorité suisse ait octroyé un tel droit de visite au père biologique dans un cas comme celui-ci. Mais elle aurait mis les différents intérêts en balance, ce que les autorités allemandes supérieures ont refusé de faire.

RJ 4-11

L'art. 8 CEDH ne garantit pas le droit à l'avortement en cas de risque pour la santé ou le bien-être de la mère

Arrêt de la Cour EDH du 16 décembre 2010 (A, B et C c. Irlande; Grande Chambre):

1. Selon la législation et la jurisprudence irlandaises, l'avortement est illégal sauf s'il existe un risque réel et sérieux pour la vie (et pas uniquement pour la santé) de la mère. **2.** L'Irlande a la réglementation la plus restrictive des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe (St-Marin, Andorre et Malte mis à part). **3.** Pour la Cour, comme aucun consensus n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie et que les droits du fœtus et ceux de la future mère sont inextricablement liés, la marge d'appréciation d'un Etat concernant la question du commencement de la vie implique nécessairement une marge d'appréciation d'une ampleur similaire quant à la façon de ménager un équilibre entre les intérêts du fœtus et ceux de la femme enceinte. **4.** Eu égard à la possibilité d'aller avorter à l'étranger et de recevoir des soins médicaux adéquats en Irlande, et au fait que l'interdiction de l'avortement se fonde sur les valeurs morales profondes du peuple irlandais relativement au droit à la vie de l'enfant à naître, la Cour conclut, à 13 voix contre 6, que l'interdiction a ménagé un juste équilibre entre le droit de deux des trois requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître. **5.** Pour la troisième requérante, atteinte d'une forme rare de cancer et qui pensait que sa grossesse pouvait favoriser une récurrence, la Cour constate à l'unanimité que les voies non juridictionnelles et juridictionnelles prévues par le droit irlandais pour faire établir dans son cas l'existence d'un droit à avorter en Irlande ne constituaient pas des procédures effectives et accessibles (art. 8 CEDH).

Remarque: La conclusion de la Grande Chambre pour les deux premières requérantes paraît difficilement compréhensible: après avoir constaté l'existence d'un consensus européen très net (qui, conformément au rôle d'harmonisation de la jurisprudence, devrait amener à restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat), elle l'ignore totalement, notamment au motif de «valeurs morales profondes» du peuple irlandais. La question du droit à l'avortement n'est de surcroît pas liée à celle du début de la vie: que la vie protégée par la CEDH commence ou non à la conception, il est question ici de la balance d'intérêts à opérer entre le fœtus et les intérêts (santé, bien-être social) de la mère.

RJ 5-11**Exécution forcée du droit de visite?**

Arrêt de la CourEDH du 2 novembre 2010 (aff. Nistor c. Roumanie):

1. Enfant confié après divorce à son père et vivant avec ses grands-parents paternels. Contentieux important relatif au droit de visite accordé à la mère et aux grands-parents maternels, qui s'en étaient occupés par le passé. **2.** Pas de violation de la CEDH dans la manière dont les décisions relatives aux droits parentaux ont été prises. **3.** Tentative d'exercice forcé du droit de visite (huissier judiciaire + police), qui échoue (l'enfant aurait menacé de se suicider). La Cour souligne que des mesures coercitives à l'égard des enfants «ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat». **4.** Aucune mesure n'a cependant été proposée par la suite pour rendre effectif le droit de visite qui n'avait pas été exercé depuis plusieurs mois. **5.** L'intervention de l'autorité de tutelle était en l'espèce d'autant plus nécessaire qu'à la suite d'un examen psychologique, il avait été établi que l'enfant (âgé de 6 ans au moment des faits) souffrait de troubles émotionnels à la suite des conflits familiaux et qu'il était recommandé de ne plus contraindre l'enfant à la réalisation du droit de visite. Ce constat aurait dû non pas arrêter les autorités compétentes dans leurs démarches, mais les motiver pour organiser des contacts préparatoires entre les parties et l'enfant et solliciter davantage le concours de pédopsychiatres ou de psychologues afin de remédier à la situation. L'autorité de tutelle s'est bornée à constater que l'enfant était bien chez son père et ses grands-parents paternels et à faire office d'intermédiaire pour lui transmettre des colis. **6.** La Cour est consciente que les difficultés provenaient pour une large part de l'animosité entre les deux parents et leurs familles respectives. Cependant, c'est plus particulièrement lorsque la situation est conflictuelle entre les parties que les autorités sont appelées à intervenir, sans qu'une obligation de résultat pèse à leur charge. **7.** Atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale; violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: Pour d'autres situations concernant de possibles violations de l'art. 8 CEDH en matière de droit de visite: *Arrêt de la CourEDH Bordeianu c. Moldavie du 11 janvier 2011*, *Arrêt de la CourEDH Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011*, *Arrêt de la CourEDH Tsikakis c. Allemagne du 10 février 2011*.

RJ 6-11**Droit de visite d'une transsexuelle**

Arrêt de la CourEDH du 30 novembre 2010 (P.V. c. Espagne):

1. Transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, qui avait eu un enfant avant son changement de sexe. **2.** La restriction du droit de visite (régime progressif) était justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant (intégrité psychique et développement de sa personnalité, pour lui permettre de s'habituer progressivement au changement de sexe de son géniteur). **3.** Absence de discrimination (art. 8 et 14 CEDH) fondée sur la transsexualité de la requérante.

RJ 7-11***Procédure de retour et célérité des démarches***

Arrêts de la CourEDH du 1^{er} février 2011 (Dore c. Portugal et Karoussiotis c. Portugal):

1. Une procédure d'infraction devant la Commission européenne n'entraîne pas l'irrecevabilité de la requête à la CourEDH, car elle ne répond pas aux exigences de l'art. 35 CEDH. **2.** Dans les deux cas, violation de l'art. 8 CEDH, en particulier s'agissant de la célérité des démarches, qui est fondamentale en matière de retour de l'enfant (6 mois pour retrouver la trace d'un enfant qui était pourtant scolarisé dans l'école indiquée par le père dès le début, trois mois pour déposer une demande formelle de retour dans l'affaire Dore; procédure ayant duré environ trois ans et dix mois pour deux degrés de juridiction dans l'affaire Karoussiotis).

RJ 8-11***Recouvrement alimentaire à l'étranger***

Arrêt de la CourEDH du 18 novembre 2010 (aff. Romanczyk c. France):

1. Jugement polonais condamnant le père, qui réside en France, au versement d'une pension alimentaire en faveur de ses enfants. Demande de recouvrement adressée aux autorités françaises par l'intermédiaire des autorités polonaises, en vertu de la convention de New-York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger (RS 0.274.15 en Suisse). **2.** Violation de l'art. 6 par. 1 CEDH, car les autorités françaises n'ont pas déployé des efforts suffisants pour assister la mère dans l'exécution du jugement polonais (audition du débiteur, qui prend l'engagement de payer, mais ensuite absence de toute réaction aux relances des autorités polonaises).

RJ 9-11***Exclusion temporaire d'un établissement scolaire***

Arrêt de la CourEDH du 11 janvier 2011 (Ali c. Royaume-Uni):

1. Le droit à l'instruction garanti par l'art. 2 du Protocole no 1 à la CEDH comporte l'accès à un établissement d'enseignement ainsi que le droit d'obtenir la reconnaissance officielle des études accomplies. Toute restriction doit être prévisible par les personnes concernées et viser un but légitime. En même temps, le droit à l'instruction n'exclut pas par principe les mesures disciplinaires, telles que le renvoi ou l'exclusion définitive, destinées à faire respecter le règlement interne. **2.** In casu but légitime (exclusion pendant une enquête sur un incendie volontaire) et prévisible, car conforme à la loi britannique. De plus, la mesure était proportionnée, puisque l'exclusion avait duré le temps de l'enquête seulement. Les parents avaient ensuite été invités à participer à une réunion en vue de faciliter la réintégration de l'enfant, mais ils ne s'y sont pas rendus. S'ils l'avaient fait, il est probable que leur fils aurait été réintégré. Or ils n'ont cherché à prendre contact avec l'établissement qu'alors que leur fils avait déjà été rayé de la liste des inscrits. Enfin, un autre mode d'enseignement a été proposé pendant l'exclusion.

Remarque: La Suisse n'a pas ratifié le Protocole no 1. Les conditions posées par la Cour EDH se rapprochent toutefois de celles posées par la jurisprudence fédérale (cf. RJ 122-10, RJ 96-06, ATF 129 I 12, RJ 45-03).

B. Code civil³

1. Filiation

1.1 Etablissement de la filiation

RJ 10-11

Restitution du délai pour l'action en contestation de la reconnaissance; frais et dépens

Arrêt du TF 5A_492/2010 du 13 décembre 2010 (f) (destiné à la publication):

1. Le demandeur doit intenter l'action dans le délai d'un an à compter du jour où il a appris que la reconnaissance a eu lieu et que son auteur n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, ou à compter du jour où l'erreur a été découverte ou de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans depuis la reconnaissance (art. 260c al. 1 CC). L'action peut cependant être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable (art. 260c al. 3 CC). Une restitution est donc admissible de manière illimitée dans le temps. Pour tenir compte de l'allongement considérable du délai d'ouverture d'action, il convient toutefois d'interpréter strictement la notion de justes motifs (cf. ATF 132 III 1, RJ 5-06); de simples rumeurs ou soupçons ne sont toutefois pas suffisants pour déclencher le devoir d'agir en justice. **2.** Une fois que le demandeur a connaissance du motif de restitution du délai, l'art. 256c al. 3 CC ne lui accorde aucun délai supplémentaire, même de courte durée; il doit agir avec toute la célérité possible, en principe dans le mois qui suit la fin de la cause du retard, sauf circonstances exceptionnelles, telles que la maladie ou une période de vacances (cf. ATF 132 III 1, RJ 5-06; délai respecté; ATF 85 II 305 et RJ 33-07: actions introduites tardivement). **3.** Le recourant a appris en juin 2008 qu'il n'était pas le père de l'enfant. La non-paternité a été confirmée par une expertise ADN réalisée lors d'un voyage en Bulgarie. Ce document a été légalisé le 31 juillet 2008, puis traduit officiellement (traduction légalisée et expertise apostillée le 6 août 2008). Le recourant a obtenu d'un notaire suisse, le 18 septembre 2008, les certifications de conformité à l'original de l'expertise et de sa traduction. S'agissant d'un document qui était rédigé dans une langue étrangère et émanait d'un organisme étranger, de telles démarches étaient objectivement nécessaires. Elles ont été conduites sans désespérer. A leur terme, l'action a été introduite dans les quinze jours. Respect du devoir de célérité. **4.** La Cour cantonale soutenait que même si la célérité avait été suffisante, la restitution du délai devrait être refusée, car l'action ne serait pas

³ Les arrêts résumés couvrent parfois plusieurs sujets. Ils ne figurent toutefois qu'une seule fois dans la présente chronique. Certains développements relatifs au droit de visite peuvent ainsi se trouver dans des arrêts résumés dans la sous-rubrique «entretien».

dans l'intérêt de l'enfant, qui resterait sans père juridique et perdrait le droit de visite de celui qui était son père légal depuis 16 ans. L'intérêt de l'enfant, mentionné dans la jurisprudence (RJ 7-04, RJ 42-06) ne doit pas être compris comme une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai. Il intervient comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif. Si, dans une telle hypothèse, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que la question du lien de filiation soit tout de même éclaircie, la restitution doit être refusée. **5.** Les frais et dépens incombent aux intimés (mère et enfant), qui succombent, solidairement entre eux (art. 66 al. 1 et 5 ainsi que art. 68 al. 1 et 2 LTF). La loi ne fait aucune exception lorsque l'enfant est partie à la procédure fédérale (cf. déjà arrêt RJ 4-06 et RJ 5-06). L'application par analogie de l'art. 147 al. 3 aCC n'entre pas en considération. **6.** Vu la situation économique de l'enfant dont les conclusions n'étaient pas d'emblée dénuées de chances de succès, l'assistance judiciaire lui est accordée, limitée à la couverture des frais (art. 64 al. 1 LTF), dès lors qu'un curateur a été désigné pour l'assister dans la procédure. Il doit néanmoins des dépens à sa partie adverse qui l'emporte.

RJ 11-11

Adoption par le conjoint de l'enfant devenu majeur en cours de procédure
Arrêt du TF 5A_521/2010 du 4 novembre 2010 (d) (destiné à la publication):

1. En vertu de l'art. 266 al. 3 CC, les dispositions sur l'adoption de mineurs sont applicables par analogie à l'adoption d'un majeur ou interdit, en sus des conditions spécifiques posées par l'art. 266 al. 1 et 2 CC. **2.** Sur la base de l'historique de la disposition (notamment du droit transitoire adopté) et du but poursuivi, en particulier du fait que le consentement des parents naturels vise au respect de leurs droits de la personnalité et que ceux-ci doivent s'effacer, une fois l'enfant majeur, devant ses propres droits de la personnalité et son autodétermination, le TF, avec la doctrine quasi unanime, juge que l'adoption d'un enfant majeur n'est pas subordonnée au consentement de ses parents naturels. **3.** Lorsque l'enfant devient majeur après le dépôt de la requête, les dispositions sur l'adoption de mineurs restent applicables si les conditions étaient réalisées auparavant (art. 268 al. 3 CC). En se fondant sur les mêmes critères d'interprétation, le TF parvient à la conclusion, partagée ici aussi par la doctrine quasi unanime, que le consentement des parents naturels n'est plus requis dans ce cas non plus. L'art. 268 al. 3 CC ne vise en effet pas à protéger les droits des parents naturels, mais à permettre l'adoption aux conditions moins sévères que celles applicables à l'enfant majeur, dans l'intérêt de l'enfant. **4.** La maxime inquisitoire est applicable en matière d'adoption (cf. art. 268a CC). Les faits nouveaux intervenus en cours de procédure (et les moyens de preuve qui s'y rapportent) doivent être pris en compte même devant l'instance de recours, car ce sont les circonstances de fait au moment de la décision sur le fond qui sont déterminantes (cf. déjà RJ 11-09). **5.** Faute d'un examen approfondi des conditions matérielles de l'adoption par l'autorité cantonale, il n'est pas possible pour le TF de se prononcer lui-même.

RJ 12-11***Dispense de consentement – majorité en cours de procédure***

Arrêt du TF 5A_488/2010 du 13 décembre 2010 (i):

1. Enfant devenue majeure (cf. RJ 11-11) après l'arrêt de l'autorité cantonale supérieure qui avait renoncé au consentement du père juridique et après le dépôt d'un recours en matière civile au TF par celui-ci. **2.** Interdiction de principe des moyens nouveaux devant le TF (art. 99 LTF), mais exceptions possibles: le TF doit tenir compte de faits nouveaux susceptibles d'avoir des effets sur l'intérêt juridiquement digne de protection exigé par l'art. 76 al. 1 let. b LTF comme condition au recours. **3.** Absence d'intérêt au recours compte tenu de la majorité de l'enfant; le recours est devenu sans objet et la cause doit être radiée du rôle. **4.** Pour statuer sur les frais du procès (en tenant compte de l'état des choses existant avant le fait qui met fin au litige, art. 71 LTF et 72 PCF), le TF rappelle les conditions posées à une dispense du consentement (art. 265c ch. 2 CC). En l'espèce, les relations entre le père et sa fille avaient pris fin quand cette dernière avait 4 ans (hormis quelques rares téléphones «impersonnels»), le père n'avait pas établi en quoi la mère aurait mis des obstacles à l'exercice d'un droit de visite et la jeune fille (âgée de 13 ans au moment du dépôt de la requête d'adoption) avait consenti clairement à deux reprises pendant la procédure (alors qu'elle avait respectivement 14 et 15 ans et demi, c'est-à-dire qu'elle était capable de discernement) à l'adoption par son beau-père, avec lequel elle vivait depuis de nombreuses années. L'intérêt de l'enfant l'emportait sur le respect de la personnalité du père juridique.

1.2 Effets de la filiation**1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles****RJ 13-11*****Résidence habituelle***

Arrêt du TF 5A_665/2010 du 2 décembre 2010 (f):

1. La résidence habituelle d'un enfant se détermine d'après le centre effectif de sa vie et de ses attaches. Ce centre peut résulter soit de la durée de fait de la résidence et des relations ainsi créées, soit de la durée envisagée de la résidence et de l'intégration attendue (par ex. RJ 24-06). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle; la résidence peut également devenir habituelle sitôt après le changement du lieu de séjour, si elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêt (RJ 86-09 p. 393, RJ 27-10). La résidence habituelle se détermine d'après des faits perceptibles de l'extérieur, non pas selon le facteur de la volonté, et doit être définie pour chaque personne séparément. **2.** En l'espèce, les enfants ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse depuis leur naissance. Les parents ont eu l'intention de les scolariser en Arabie Saoudite pour l'année scolaire 2009–2010. Les enfants ont passé des tests d'évaluation au sein de l'établissement envisagé, avant de rentrer en Suisse. Les parties n'ont ensuite plus manifesté d'intérêt à l'inscription des enfants au sein de l'école jusqu'à une communication du père en septembre 2009. La cour canto-

nale a admis sans arbitraire que les séjours des enfants pendant l'été en Arabie Saoudite (env. 6 semaines) n'avaient pas modifié leur résidence habituelle, demeurée en Suisse à tout le moins jusqu'à leur départ le 19 octobre suivant. La présence de leur mère en Arabie Saoudite du 20 mai 2009 au début du mois d'octobre 2009 n'est pas de nature à rendre cette appréciation arbitraire. D'une part, la résidence habituelle doit être déterminée pour chaque personne séparément; d'autre part, l'intimée ne s'est pas constituée de résidence habituelle en Arabie Saoudite puisqu'elle affirme n'y avoir pas séjourné volontairement, respectivement qu'elle est revenue en Suisse dès le mois d'octobre 2009.

Remarque: La Cour cantonale avait ordonné des mesures de protection des enfants sur la base de l'art. 10 LDIP (mesures provisoires) et considéré que la *perpetuatio fori* s'appliquait, car en octobre 2009, la résidence habituelle avait été transférée dans un Etat *non partie* à la Convention de La Haye en matière de protection des mineurs de 1961 ou à celle de 1996.

RJ 14-11

Suite de l'Arrêt résumé in RJ 17-09 – attribution du droit de garde en mesures protectrices

Arrêt du TF 5A_693/2010 du 29 décembre 2010 (d):

Une dépendance à la cocaïne et des activités de prostitution qui ont cessé en 2006 ne sont plus des facteurs déterminants pour l'attribution du droit de garde sur l'enfant (art. 176 al. 3 CC), en l'absence de tout indice concret de risque de récidive.

RJ 15-11

Autorité parentale de parents non mariés

Arrêt du TF 5A_638/2010 du 10 novembre 2010 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative à la suppression de l'autorité parentale conjointe de parents non mariés (cf. RJ 87-09 p. 394, RJ 99-08). **2.** Nombreuses dissensions entre les parents (notamment sur la question de la prise en charge médicale); ils ne sont plus à même de coopérer de façon constructive s'agissant des besoins de leur fille. La responsabilité de cette situation ne joue pas de rôle pour savoir s'il faut supprimer l'autorité conjointe (elle pourrait avoir par contre une incidence sur l'attribution individuelle de l'autorité parentale, qui n'était cependant pas l'objet du procès).

RJ 16-11

Audition de l'enfant

Arrêt du TF 5A_471 et 472/2010 du 5 novembre 2010 (d):

1. Recours contre une décision convoquant l'enfant à une audition (né en 1999 de parents non mariés, qui se battent depuis la naissance, y compris à plusieurs reprises jusqu'au Tribunal fédéral, sur le droit de visite). **2.** Le recours en matière civile n'est recevable contre une telle décision préjudicielle que si celle-ci peut causer un préjudice irréparable à l'enfant (art. 93 al. 1 let. a LTF). L'audition comme telle n'est en principe pas susceptible de causer un tel préjudice. La situa-

tion d'espèce ne conduit pas à une autre conclusion (l'enfant est âgé de 11 ans, a un développement normal et sera entendu par un professionnel qualifié). **3.** On ne saurait faire obstacle à l'audition au motif qu'elle intervient contre la volonté du parent gardien et de l'enfant, puisqu'elle vise précisément à tenter de déterminer la volonté véritable de l'enfant. **4.** Cette audition s'inscrit dans la ligne de jurisprudence fédérale, qui admet une audition à partir de l'âge de 6 ans déjà, indépendamment de la capacité de discernement de l'enfant (ATF 131 III 553). **5.** Rappel de l'importance pour l'enfant d'un contact avec ses deux parents. Injonction à la mère de faire le départ entre sa relation avec le père de l'enfant et la relation entre celui-ci et l'enfant, et de se conformer enfin à ses devoirs de coopération, au risque de se voir imposer des mesures fondées sur l'art. 273 al. 2 ou les art. 307–311 CC.

RJ 17-11

Assistance judiciaire et droit de visite

Arrêt du TF 5A_597/2010 du 6 octobre 2010 (d):

1. Une décision incidente qui refuse l'octroi de l'assistance judiciaire dans une procédure tutélaire relative au droit de visite du père non marié peut être portée devant le TF par un recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF); les conditions de l'art. 93 al. 1 let. a LTF sont réunies. **2.** Lorsque la procédure est susceptible de porter une atteinte grave à la position juridique du plaideur, la représentation par un avocat à charge de l'assistance judiciaire doit en principe être octroyée; dans les autres cas, il faut que des difficultés factuelles ou juridiques particulières viennent s'ajouter à la gravité relative du cas, auxquelles l'intéressé ne peut pas faire face seul. La jurisprudence admet la nécessité de la représentation par un avocat lorsqu'il en va de la garde sur un enfant (ATF 130 I 180). Ni l'application de la maxime inquisitoire (ATF 125 V 32) ni le fait que le recours n'a pas à être motivé (ATF 133 III 353) ne font comme tels obstacle à un tel octroi. **3.** In casu, la question des droits parentaux a été tranchée; n'est en jeu que le droit de visite (accordé au requérant dans une mesure plus large que le veut l'usage). S'agissant du bien de l'enfant (qui commanderait un droit de visite encore plus large selon le recourant), ce sont presque exclusivement des questions de fait qui se posent. L'intéressé a déjà mené plusieurs procédures seul, sans l'assistance d'un avocat, et a également déposé des écritures en parallèle à celles de l'avocat de choix qui était le sien. Refus de l'assistance judiciaire justifié.

1.2.2 Entretien

RJ 18-11

Logement partagé avec la nouvelle compagne – effet du droit de visite sur l'imputation d'une part de loyer à celle-ci

Arrêt du TF 5A_533/2010 du 24 novembre 2010 (f):

1. Prise en compte (dans les cadre des mesures protectrices et provisoires de divorce) des avantages tirés par le débirentier de son concubinage: participation du concubin aux frais de loyer (pas plus de 50% du loyer, sauf lorsque le concubin loge des enfants, ce qui permet de faire passer la participation au loyer à $\frac{2}{3}$ de

celui-ci) (cf. RJ 15-10). **2.** En l'espèce, le débirentier exerce sur ses trois enfants un droit de visite assimilable à une garde partagée; il a par conséquent de toute façon besoin d'un logement spacieux. Il n'est pas arbitraire de ne pas faire participer sa compagne au loyer dans ces circonstances.

RJ 19-11

Egalité de traitement entre enfants – débirentier au chômage et impôt à la source
Arrêt du TF 5A_352/2010 du 29 octobre 2010 (f):

1. Une période de chômage supérieure à quatre mois ne peut en principe plus être considérée comme étant de courte durée; il faut alors tenir compte des indemnités de chômage effectivement perçues (RJ 65-05). **2.** La question de savoir si la période de chômage est durable dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, en particulier de la situation économique. Le TF a ainsi admis qu'une période de chômage qui s'est étendue sur une année et qui a induit une réduction de 16% des revenus du recourant par rapport à ce qu'il percevait au moment du divorce constitue un changement durable de circonstances (RJ 19-10). **3.** La situation en l'espèce ne peut être comparée à celles décrites ci-dessus. En effet, le recourant est au chômage *partiel*, la réduction du temps de travail se situant à 80% de l'activité normale. Son revenu mensuel net subit une baisse de 6,5% par rapport au salaire «ordinaire». La question de savoir s'il s'agit d'un changement de circonstances durable peut demeurer incertaine, dans la mesure où l'on ne saurait considérer, dans tous les cas, qu'il est notable. **4.** Un état de fait futur incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification; l'évolution des circonstances telle que prévisible dans un futur proche peut en revanche être prise en considération afin d'éviter autant que possible une procédure ultérieure en modification de jugement. En l'espèce, la demande en modification du jugement de divorce a été déposée au moment où le recourant était imposé à la source et la réduction des contributions d'entretien a été admise dès cette date. C'est donc à tort que les juges précédents ont pris en considération la charge fiscale résultant de l'imposition ordinaire, hypothétique et future du recourant, laquelle n'est pas encore effective et ne pourra pas l'être, le cas échéant, avant plusieurs mois (au moment où il sera titulaire d'un permis C). **5.** Conformément à la jurisprudence, si les moyens du débirentier sont insuffisants, il faut partir de son minimum vital, sans prendre en considération la charge fiscale (ATF 127 III 289 et ATF 126 III 353). Ceci ne saurait toutefois valoir lorsque le débirentier est imposé à la source, dès lors que le montant de cet impôt est déduit de son salaire sans qu'il puisse s'y opposer. **6.** Selon le principe de l'égalité de traitement dans l'entretien, les enfants d'un même débiteur doivent être financièrement traités de manière semblable, proportionnellement à leurs besoins objectifs; l'allocation de montants différents n'est donc pas exclue, mais doit avoir une justification particulière. Lorsque les capacités financières du débirentier sont modestes comparativement au nombre d'enfants créanciers d'aliments, il faut prendre comme point de départ son minimum vital au sens du droit des poursuites – en principe sans prendre en considération la charge fiscale –, duquel il faut retrancher les charges qui font partie du minimum vital des enfants

(montants de base, part du loyer et primes d'assurance-maladie), ainsi que les contributions d'entretien dues à d'autres enfants en vertu d'un jugement de divorce. **7.** Si le disponible ne suffit pas à couvrir les besoins de tous les enfants – besoins desquels doivent être soustraites les allocations familiales ou d'études qui leur sont destinées –, la répartition du déficit a lieu entre tous les enfants et les deux familles doivent en supporter les conséquences. **8.** S'il n'y a pas de disponible, aucune contribution d'entretien ne peut être allouée aux enfants, en raison du principe selon lequel le minimum vital du débirentier doit être, dans tous les cas, préservé. **9.** Dans l'hypothèse où le disponible du débirentier ne suffit pas à couvrir le minimum vital des enfants selon le droit des poursuites, ou s'il n'y a aucun disponible, il faut encore examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse du débirentier, sur la base de son devoir d'assistance, une augmentation de sa contribution aux charges de sa propre famille, afin de permettre à son mari de verser une contribution à l'entretien des enfants issus d'une précédente union ou nés hors mariage (art. 159 al. 3 et 278 al. 2 CC). **10.** Le devoir d'assistance du conjoint est toutefois limité de trois manières. Premièrement, il est subsidiaire, l'obligation d'entretien des parents envers leurs enfants étant prioritaire; par conséquent, la capacité financière de l'autre parent biologique doit être épuisée d'abord. Deuxièmement, le nouveau conjoint ne doit l'assistance que dans la mesure où il dispose encore de moyens après couverture de son minimum vital et de celui de ses propres enfants; en d'autres termes, le devoir d'assistance n'entre en ligne de compte que si le minimum vital de la nouvelle famille du débirentier est couvert, y compris celui des enfants. Troisièmement, la contribution d'entretien en faveur de l'enfant issu d'une précédente union ou né hors mariage ne saurait être arrêtée à un montant supérieur à ce qu'elle aurait été sans le mariage du débirentier. **11.** S'il résulte un disponible de la prise en compte du revenu – cas échéant hypothétique – de l'épouse du débirentier, cet éventuel surplus sera réparti entre tous les enfants, conformément au principe d'égalité de traitement. S'il n'y a aucun disponible, les enfants issus d'une précédente union ou nés hors mariage ne recevront aucune contribution d'entretien, respectivement devront se contenter de leur part du disponible du débirentier. **12.** En l'espèce, c'est à juste titre que la cour cantonale n'a pas pris en compte dans le calcul du minimum vital du recourant les montants forfaitaires de base au sens du droit des poursuites pour ses enfants d'un nouveau lit. L'éventuel disponible doit être réparti entre tous les enfants selon le principe d'égalité de traitement; il est admis en l'espèce que la nouvelle épouse du recourant n'a aucune capacité de gain.

RJ 20-11

Entretien d'enfants nés de plusieurs lits

Arrêt du TF 5A_272/2010 du 30 novembre 2010 (d) (destiné à la publication):

1. Valeur litigieuse non atteinte pour le recours en matière civile (art. 74 al. 1 LTF), mais question juridique de principe amenant à la recevabilité du recours (art. 74 al. 2 let. a LTF). **2.** Rappel du principe d'égalité de traitement (et de ses exceptions) entre enfants de plusieurs lits. **3.** Rappel du principe de la protection du minimum vital LP du débirentier (ATF 126 III 353, ATF 135 III 66), seul le

minimum vital propre au débirentier bénéficiant cependant de cette protection.

4. Lorsque le débirentier vit en couple marié, partenariat ou non marié, mais avec enfants, seule la moitié du montant de base LP doit être prise en compte (pour éviter que le nouveau partenaire ne soit privilégié). On ajoute les différents frais propres au débiteur (loyer, dépenses professionnelles indispensables, assurance maladie et – s'il est indépendant – prévoyance professionnelle). Lorsqu'il partage le logement avec un nouvel époux ou un autre adulte, on tiendra compte de la capacité économique (effective ou hypothétique) de cette personne et on n'imputera au débirentier qu'une partie des charges de loyer.

5. On ne prend pas en considération les dépenses des enfants (montant de base, assurance maladie) qui vivent avec lui, ni les obligations d'entretien à assumer pour des enfants vivant dans un autre foyer, nés avant ou hors mariage, pas plus que les dépenses qui concernent uniquement le nouvel époux ou partenaire enregistré, que le débirentier devrait le cas échéant assumer selon les art. 163 ss CC ou 13 LPart.

6. Le solde disponible ainsi calculé doit être réparti entre tous les enfants créanciers d'entretien (en fonction de leurs besoins et de la capacité contributive de l'autre parent), ce qui obligera le cas échéant le débirentier à agir en modification de décisions judiciaires antérieures qui auraient fixé des montants trop élevés. On n'oubliera pas de déduire du besoin de chaque enfant les allocations familiales qui lui sont destinées.

7. En l'absence de solde positif, aucune contribution d'entretien ne peut être allouée; si le solde ne suffit pas à couvrir les besoins de tous les enfants, le déficit doit être réparti entre eux.

8. Le juge doit également examiner quel devoir d'assistance dans l'entretien des enfants d'un précédent lit peut être mis à la charge du nouveau conjoint, en vertu de l'art. 278 al. 2 CC (cf. RJ 19-11 supra).

RJ 21-11

Modification de l'entretien – exigences posées à la nouvelle épouse, mère d'un enfant en bas âge

Arrêt du TF 5A_241/2010 du 9 novembre 2010 (d):

1. En cas de remariage du débirentier et de naissance d'un nouvel enfant, les art. 159 al. 3 CC (en relation avec l'entretien post-divorce du conjoint) et 278 al. 2 CC (en relation avec l'entretien des enfants du premier lit) peuvent conduire à exiger du nouveau conjoint, pour autant qu'on puisse raisonnablement l'attendre de lui, de prendre une activité lucrative, afin d'assister le débirentier dans ses obligations d'entretien.

2. La règle des 10/16 ans pour la (re)prise d'une activité lucrative par le conjoint divorcé qui a la charge d'enfants, ne s'applique pas par analogie, car le nouveau conjoint, qui a contracté mariage en toute connaissance des obligations d'entretien de son époux, ne peut invoquer une protection de sa confiance.

3. Il faut dès lors se fonder sur les circonstances concrètes du cas, en particulier sur le bien de l'enfant. Lorsque celui-ci est en bas âge, son intérêt est d'être pris en charge par une même personne de référence, qui ne change en principe pas. Exiger du nouveau conjoint qu'il commence à travailler (à 40%) quand l'enfant est seulement âgé de 2 ans n'est pas conforme au bien de celui-ci.

4. L'autorité cantonale, à qui la cause est renvoyée, devra aussi tenir compte, par

comparaison, de la situation de l'ex-conjoint (taux d'activité notamment) et du fait qu'en l'espèce le nouveau conjoint n'est arrivé en Suisse qu'il y a trois ans environ.

RJ 22-11

Avis aux débiteurs (art. 291 CC)

Arrêt du TF 5D_150/2010 du 13 janvier 2011 (f):

1. La décision d'avis aux débiteurs de l'art. 291 CC n'est pas une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF), mais une mesure d'exécution forcée privilégiée sui generis (ATF 130 III 489), qui est connexe au droit civil (art. 72 al. 2 let. b LTF; ATF 134 III 667). En tant que mesure d'exécution, la décision est finale (art. 90 LTF). La cause est pécuniaire: la valeur litigieuse de l'art. 74 LTF doit être atteinte, faute de quoi seul le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert. **2.** Au stade de l'exécution, il est conforme à l'économie de la procédure que le juge limite son examen aux seules questions d'exécution; il n'a pas la compétence de modifier, de compléter ou de suspendre la décision rendue sur le fond. Par conséquent, en se limitant à examiner si la condition dont est assortie la condamnation – «le suivi d'études sérieuses et régulières» – était remplie, la cour cantonale n'a pas commis d'arbitraire.

1.2.3 Autres effets

RJ 23-11

Changement de nom de l'enfant mineur – confirmation de la jurisprudence

Arrêt du TF 5A_424/2010 du 2 novembre 2010 (f):

1. Le recours contre un refus de changement de nom porte sur une cause de nature non pécuniaire; le recours en matière civile est ouvert sans restriction. **2.** En vertu de l'art. 30 al. 1 CC, le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom. Savoir si cette condition est réalisée est une question d'appréciation que l'autorité cantonale doit trancher d'après les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 136 III 161); le TF n'intervient que si la décision attaquée s'écarte sans raison des principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence, retient des facteurs dépourvus de pertinence ou, au contraire, omet des éléments essentiels. **3.** Il y a de justes motifs lorsque l'intérêt du requérant – en tant qu'individu et de lui seul – à porter un nouveau nom l'emporte sur l'intérêt de l'administration et de la collectivité à l'immutabilité du nom acquis et inscrit à l'état civil, et sur l'intérêt public à la fonction d'individualisation du nom. L'autorisation de changer de nom peut être justifiée par des considérations d'ordre moral, spirituel ou affectif, par le caractère inadapté, ridicule, choquant ou odieux du nom, voire par des motifs professionnels ou administratifs; cet intérêt doit être apprécié sur la base de critères objectifs. **4.** En matière de changement de nom d'enfants nés de parents non mariés, eu égard au nombre et à la diversité des situations familiales, ainsi qu'à l'évolution des conceptions sur les enfants nés hors mariage, l'existence d'un lien de concubinage durable entre la mère et le père biologique ne constitue plus, à lui seul, un juste motif au sens de la loi; l'enfant doit désormais démontrer concrète-

ment en quoi le fait de porter le nom de sa mère en vertu de l'art. 270 al. 2 CC lui cause, sur un plan social, des désavantages suffisamment sérieux pour être tenus pour de justes motifs de changement de nom (ATF 121 III 145). **5.** La double nationalité – suisse et française – de l'enfant n'a pas d'incidence sur le droit d'option prévu par l'art. 37 al. 2 LDIP, en sorte que le droit suisse est exclusivement applicable en l'espèce (art. 23 al. 2 LDIP). **6.** L'existence de justes motifs doit faire l'objet d'une «appréciation globale». Cependant, même si on peut se montrer moins strict à l'égard d'enfants en bas âge, encore faut-il démontrer en quoi le fait de porter le nom de la mère entraîne des désavantages au plan social, faute de quoi la requête doit être rejetée d'emblée. Le fait que l'enfant porte en Suisse un nom différent de celui qui est inscrit dans ses papiers français n'est pas déterminant, pas plus que le fait que l'enfant porte le nom de l'ex-mari de sa mère: ce nom est avant tout celui de sa mère (art. 270 al. 2 CC), qu'elle a conservé après le divorce (art. 119 al. 1 CC); cela ne dispense donc pas l'enfant d'établir en quoi le fait de ne pas porter le nom de son père lui ferait subir des désavantages sur le plan social, même si le père exerce l'autorité parentale conjointe avec la mère.

RJ 24-11

Adoption d'un majeur – changement de nom

Arrêt du TF 5A_477/2010 du 27 janvier 2011 (d) (destiné à la publication):

1. Adoption d'une femme âgée de 56 ans, qui a acquis le nom de sa mère adoptive (art. 267 et 270 al. 2 CC). Nécessité d'un changement de nom (art. 30 al. 1 CC) pour revenir au nom porté avant l'adoption. **2.** Le nom est un bien de la personnalité; son changement atteint d'autant plus la personnalité qu'il a été porté longtemps; son rôle central pour l'individualisation et l'identité de la personne a été confirmé récemment par la CourEDH dans l'arrêt *Losconci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010. **3.** Sans examiner la question sous l'angle de l'art. 8 CEDH, le TF estime que sa jurisprudence en matière d'adoption de majeurs (ATF 105 II 65, ATF 108 II 1), qui exige que l'on fasse valoir des désavantages sérieux pour obtenir un changement, ne peut être maintenue: d'une part, le nom sert moins qu'auparavant à indiquer l'appartenance à une famille et l'individu dispose désormais de certaines facultés de choix (art. 30 al. 2, art. 119 al. 1, art. 160 al. 2 CC); d'autre part, dans le cadre de l'art. 30 al. 1 CC, la jurisprudence a déjà admis que l'unité du nom de famille n'était pas fondamentale (en relation avec le refus de changement de nom de l'enfant né du remariage de sa mère). Il n'existe pas non plus d'intérêt public à ce que l'adoptée acquiert ici le nom de sa mère. **4.** Lorsque le nom d'origine a été porté pendant une longue période, il suffit d'exprimer le désir de la conserver pour remplir la condition des justes motifs posée par l'art. 30 al. 1 CC.

RJ 25-11

Transcription d'un acte de naissance des Iles Mariannes du Nord

Arrêt du TF 5A_625/2010 du 11 janvier 2011 (d):

1. L'inscription d'un acte d'état civil étranger (transcrit selon l'art. 32 LDIP) peut faire l'objet d'une modification, par le juge (art. 42 CC) ou les autorités de l'état

civil (art. 43 CC); une action d'état est également réservée. **2.** La rectification administrative (art. 43 CC, art. 29 OEC) n'est possible qu'en cas d'inexactitude manifeste et non contestée; elle doit de surcroît ressortir des actes et informations dont disposait l'officier de l'état civil au moment de l'inscription. Lorsqu'il faut s'attendre à une contestation ou quand l'inscription correspondait aux données dont l'officier d'état civil disposait, la rectification administrative est exclue; la modification sur ordre du juge (art. 42 CC) est réservée.

1.3 Mesures de protection

RJ 26-11

Communication d'un rapport médical – droit à l'expertise?

Arrêt du TF 5A_361/2010 du 10 septembre 2010 (d):

1. L'ATF 122 I 53, selon lequel il suffit que les parents puissent se déterminer, avant la décision sur l'attribution des enfants, sur le compte-rendu de l'entretien confidentiel que le juge a eu avec leur enfant dans le cadre de la procédure de mesures provisoires, sans que les détails de l'entretien n'aient à leur être communiqués, s'applique aussi au rapport demandé par le tribunal au médecin traitant de l'enfant. Il en va du rapport de confiance entre l'enfant et son thérapeute, mais aussi de la volonté de ne pas accentuer encore le conflit de loyauté de l'enfant. Le thérapeute lui-même possède un intérêt propre à ce que son rapport ne soit pas dévoilé dans son intégralité (l'avocat d'un parent n'étant tenu d'aucun devoir de discrétion particulier à son égard). **2.** Le refus de réentendre une nouvelle fois l'enfant, soumis à un fort conflit de loyauté et qui a pu faire valoir son point de vue à plusieurs occasions (devant les premiers juges, devant ses curatrices ad hoc, devant sa thérapeute), est conforme à la jurisprudence (ATF 133 III 553). **3.** Il n'existe pas de principe qui voudrait qu'en matière d'attribution des droits parentaux ou de placement, une expertise (pédo-psychiatrique) soit toujours nécessaire; une telle prétention ne saurait en particulier être déduite de l'art. 145 al. 2 aCC.

RJ 27-11

Retour de l'enfant – nouvelle décision cantonale de refus cassée par le TF

Arrêt du TF 5A_913/2010 du 4 février 2011 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative au motif de non-retour de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE (risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable): RJ 67-09; RJ 28-10; RJ 107-10; ATF 130 III 530. **2.** Examen de la possibilité de retour par rapport à l'enfant lui-même, et non par rapport à la personne qui le prend en charge, sauf pour les nourrissons (cf. RJ 67-09). **3.** Le cas d'espèce (séparation de courte durée, retour qui amènerait à réintégrer l'enfant dans le milieu qui était le sien au Burkina Faso, avant son déplacement en Suisse) n'est pas comparable à l'affaire Neulinger c. Suisse, dans laquelle la CourEDH avait constaté une violation par la Suisse de l'art. 8 CEDH (RJ 90-10 et RJ 9-09). **4.** Tant la jurisprudence européenne que les jurisprudences nationales étrangères interprètent de manière restrictive les motifs d'exclusion. La jurisprudence suisse

est dans la ligne de cette approche: seuls des dangers effectifs et qui ne peuvent être prévenus peuvent faire obstacle à un retour, en tout cas lorsqu'il s'est écoulé peu de temps depuis le déplacement illicite et que le status quo ante peut être rétabli. **5.** En l'espèce, la mère n'entend pas retourner au Burkina Faso (elle invoque des violences conjugales); mais elle n'est pas la seule personne de référence pour un enfant âgé de 2 ans et demi. Les deux parents se sont occupés convenablement de l'enfant avant la séparation; le père présente les disponibilités nécessaires et l'enfant, à son retour, retrouverait en grande partie la situation de vie qui était la sienne. **6.** Le retour doit être ordonné; la question de savoir auprès de quel parent l'enfant se développera le mieux relève de la décision sur le fond quant aux droits parentaux, non de la procédure de retour.

RJ 28-11

Dépens en matière d'enlèvement d'enfant

Arrêt du TF 5D_129/2010 du 3 décembre 2010 (d):

1. L'art. 26 al. 4 CEIE est une «Kann-Vorschrift», qui laisse un important pouvoir d'appréciation au juge, lequel peut aller jusqu'à renoncer à mettre quelques dépens que ce soient à la charge de la partie qui a succombé. **2.** S'agissant du calcul des honoraires d'avocat, le TF ne voit aucune objection à appliquer le tarif valable pour une procédure sommaire, car la procédure de retour ne porte pas sur l'attribution des droits parentaux comme tels, mais sur une assistance judiciaire entre Etats parties (cf. aussi art. 302 al. 1 let. a CPC-CH).

2. Protection de l'adulte

RJ 29-11

Interdiction selon l'art. 369 CC – procédure et conditions

Arrêt du TF 5A_541/2010 du 1^{er} octobre 2010 (f):

1. L'art. 374 al. 2 CC n'impose pas une seconde expertise lorsque l'intéressé conteste les conclusions du premier rapport. **2.** La détermination de la maladie mentale ou de la faiblesse d'esprit relève du fait; l'existence d'un besoin de protection particulier qui en découle est une question de droit, que le TF revoit librement, mais en s'imposant une certaine réserve, car cette notion repose en partie sur une appréciation de l'autorité cantonale. Il n'intervient qu'en cas d'excès ou d'abus dans ce pouvoir d'appréciation, ainsi que lorsque les décisions rendues en vertu d'un tel pouvoir aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une inéquité choquante. **3.** Rappel des principes de subsidiarité et de proportionnalité. **4.** En l'espèce, une mesure de curatelle doit être d'emblée écartée, car l'intéressé refuse toute aide; or sa collaboration est indispensable au succès d'une telle mesure.

RJ 30-11**Qualité pour recourir des tiers (art. 420 CC)**

Arrêt du TF 5A_645/2010 du 27 décembre 2010 (d) (destiné à la publication):

1. Ordre donné par le curateur de clôturer des comptes bancaires et de transférer les fonds dans une autre banque; recours déposé par la banque dépositaire. **2.** L'art. 420 CC s'applique aussi à la curatelle (art. 367 al. 3 CC). **3.** Un tiers n'a qualité pour recourir que lorsqu'il invoque les intérêts de la personne à protéger ou se plaint de la violation de ses propres droits ou intérêts (ATF 121 III 1). Ces derniers ne légitiment le tiers à recourir que pour autant qu'ils doivent être pris en compte dans le cadre de l'acte litigieux. **4.** Dans le cas d'espèce, la banque invoquait uniquement les intérêts propres de la personne sous curatelle. Interprétation de l'art. 420 al. 1 CC, notamment par rapport à l'art. 397d al. 1 CC, pour savoir si elle peut s'en prévaloir pour fonder sa qualité pour recourir. **5.** Un examen historique, jurisprudentiel et doctrinal permet de trouver des arguments en faveur d'une interprétation large ou restrictive de la qualité pour recourir. Dans un souci d'uniformisation des notions du droit de la tutelle, les art. 397d al. 1 et 420 al. 1 CC doivent être interprétés de la même façon. **6.** C'est l'art. 397d CC qui sert de référence: les intéressés (en vertu de l'art. 420 CC) qui font valoir les intérêts de la personne concernée doivent être des proches au sens de l'art. 397d CC. En effet, la qualité pour recourir au nom d'un tiers est chose rare. En matière tutélaire, cela peut se justifier par le fait que la personne elle-même se trouve dans l'incapacité d'agir, ou est retenue par les liens qu'elle a avec son mandataire tutélaire. Mais dans un tel cas, seuls les tiers qui connaissent bien la personne, qui peuvent se sentir responsables de son bien-être et sont tout particulièrement en mesure de faire savoir quels sont ses besoins et ses souhaits, doivent être admis à recourir. S'il n'existe pas de proches, la personne n'est pas démunie, car chacun peut en tout temps déposer une plainte à l'autorité de surveillance. **7.** Il n'est pas exclu qu'une banque ou un gestionnaire puisse être, selon les circonstances, une personne proche (le TF laisse ouvert le point de savoir si la banque pourrait se prévaloir de la qualité de proche de son employé): le lien de proximité peut aussi naître de la profession exercée par le tiers. Mais la simple tenue d'un compte ou d'un dépôt ne suffit pas, en l'absence de contacts particulièrement étroits (par ex. dans le cadre d'une planification patrimoniale globale, vieille de plusieurs années).

RJ 31-11**Qualité pour recourir (art. 420 CC, LTF) du pupille capable de discernement**

Arrêt du TF 5A_884/2010 du 7 janvier 2011 (f):

1. Le pupille capable de discernement peut recourir à l'autorité tutélaire contre les actes de son tuteur (art. 420 al. 1 CC), ainsi qu'à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire (art. 420 al. 2 CC). Il s'agit d'un droit strictement personnel (art. 19 al. 2 CC); le pupille peut agir sans l'accord de son représentant légal et choisir librement son mandataire. **2.** Dans le cadre de cette action en justice, il ne saurait toutefois entreprendre la défense d'intérêts pécuniaires, celle-ci n'étant pas considérée comme l'exercice d'un droit strictement personnel (RJ 29-04). Le pupille capable de discernement qui entend intenter

des actions pécuniaires doit être représenté par son représentant légal; en cas de conflit d'intérêts entre le pupille et son tuteur, il y a lieu de lui désigner un curateur (art. 392 ch. 2 CC). **3.** Le pupille capable de discernement a aussi la faculté de former un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 76 al. 1 LTF), comme d'ailleurs un recours constitutionnel subsidiaire (art. 115 LTF), mais uniquement pour faire valoir un droit strictement personnel (cf. RJ 74-10). **4.** Ce peut être le cas s'il invoque des prétentions rattachées à son droit strictement personnel de recourir (par ex. une violation du droit d'être entendu). Dans la mesure où le pupille fait valoir que la seconde expertise ordonnée en relation avec une donation que lui faisait son père n'aurait pas dû être ordonnée et que les frais ne pouvaient pas être mis à sa charge, il ne dispose pas de la qualité pour recourir.

Remarque: Selon nous, tout recours fondé sur l'art. 420 CC relève de l'art. 19 al. 2 CC, quel que soit son objet (il en va autrement d'une action en justice); cf. notre commentaire ad RJ 29-04.

RJ 32-11

PLAFA: légitimation pour recourir au TF des proches (art. 397d CC)

Arrêt du TF 5A_857/2010 du 12 janvier 2011 (d)

1. En sa qualité de proche, le mari de la personne concernée a la qualité pour requérir le contrôle judiciaire de la PLAFA en vertu de l'art. 397d CC. Il est alors partie à la procédure cantonale. **2.** Cela ne suffit pas à le légitimer à recourir en matière civile au TF: en vertu de l'art. 76 al. 1 lit. b LTF, il doit en effet faire valoir un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision. Or ce ne peut être que son intérêt propre, et non celui d'un tiers. Il n'est donc pas légitimé à recourir, sauf s'il invoque des droits qui sont attachés à sa qualité de partie à la procédure cantonale (par ex. absence d'audition orale); en revanche, dans la mesure où il critique l'appréciation des preuves ou la non-administration de certaines preuves, son recours est irrecevable, car ces questions sont étroitement liées à l'examen du fond. **3.** Ni l'art. 397f al. 3 CC, ni l'art. 6 al. 1 CEDH (pour autant que l'on soit bien en présence d'une contestation à caractère civil), pas plus que l'art. 29 al. 2 Cst. féd. ne confèrent au recourant le droit d'être entendu personnellement dans la procédure.

Remarque: La PLAFA prononcée à l'endroit de l'épouse affecte, en tout cas indirectement, la vie conjugale; on aurait dès lors pu retenir un intérêt propre au recours pour le mari. Quoi qu'il en soit, priver le tiers expressément légitimé à agir par la loi (une situation exceptionnelle, mais propre au droit de la tutelle, cf. aussi RJ 30-11 supra) de la faculté de recourir au TF affaiblit le dispositif de protection procédurale mis en place pour la personne privée de sa liberté et ne paraît guère cohérent (sans compter que cette solution sera difficile à justifier aux yeux du profane).

RJ 33-11

PLAFA: Durée du placement en vue d'expertise

Arrêt du TF 5A_668/2010 du 14 octobre 2010 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative à la privation de liberté à des fins d'expertise (RJ 109-10 et RJ 81-10). **2.** Conditions réunies pour un placement provisoire de 6 semaines en clinique: urgence (actes de violence de la personne concernée: hache lancée contre le facteur); examens médicaux établissant un soupçon sérieux de troubles psychiques; impossibilité de procéder aux examens complémentaires nécessaires de manière ambulatoire (l'intéressé vit dans un isolement social complet et n'a aucune conscience de ses troubles).

RJ 34-10

Formalisme excessif et durée de la procédure

Arrêt du TF 5A_708/2010 du 5 novembre 2010 (d):

1. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention (art. 5 al. 4 CEDH). **2.** Lorsque la procédure compte deux instances, il faut apprécier sa célérité en examinant sa durée totale (cf. aussi ATF 122 I 18, 32). **3.** En l'espèce, demande de libération présentée au Fürsorgerat BS, qui la transmet au Département de la santé, lequel, malgré son incompétence matérielle, la rejette. Recours au président de l'Appellationsgericht (art. 397d CC), qui refuse d'entrer en matière faute de décision valablement prise sur la demande de libération. **4.** Violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, d'autant plus que l'autorité de recours entend elle-même la personne concernée et établit les faits d'office: elle ne saurait soutenir devoir se fonder sur des constatations de fait de l'autorité inférieure.

RJ 35-11

Effets de l'autorisation tutélaire sur le droit à l'invalidation d'un acte juridique

Arrêt du TF 5A_635/2010 du 29 octobre 2010 (d):

1. Action en invalidation d'un pacte successoral (contestation de la valeur donnée à un bien immobilier) introduite par le cocontractant, placé sous curatelle du droit allemand au moment de la conclusion de l'acte. Affaire examinée sous l'angle du droit à l'assistance judiciaire uniquement (chances de succès). **2.** L'autorité tutélaire allemande avait ratifié le pacte après avoir été informée du fait que la valeur attribuée au bien l'avait été par le disposant sur la base des conditions du marché local. Elle s'était contentée de cette information, démontrant par là même qu'elle ne tenait pas la valeur objective de l'immeuble pour un élément essentiel du contrat. **3.** La pupille doit se laisser imputer le comportement de l'autorité et ne peut dès lors pas se prévaloir d'une erreur essentielle sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO).

RJ 36-11

Traitement médical forcé – effets secondaires des neuroleptiques

Arrêt du TF 5A_38/2011 du 2 février 2011 (d):

1. Rappel de la jurisprudence en matière de traitement forcé (ATF 130 II 16). **2.** Base légale suffisante en droit zurichois (RJ 38-10). **3.** Dans le cadre de la pesée d'intérêts à effectuer, il faut en particulier tenir compte des effets secondaires à long terme du traitement neuroleptique envisagé (Clopixol). La décision can-

tonale n'examine pas ce point, pas plus que les médicaments moins «agressifs» qui pourraient être administrés; elle n'est donc pas suffisamment motivée.

C. Autres domaines apparentés

RJ 37-11

Violation de l'obligation d'entretien d'un enfant majeur (art. 277 CC et 217 CP)

Arrêt du TF 6B_667/2010 du 20 janvier 2011 (f):

1. Le juge pénal est lié par la contribution d'entretien fixée valablement par le juge civil (méthode indirecte de fixation); il peut cependant, lorsque la contribution n'est arrêtée ni par convention ni par jugement civil exécutoire, la fixer lui-même en appréciant l'ensemble des circonstances (méthode directe, ATF 128 IV 86). **2.** Rien ne l'empêcherait, lorsque le jugement civil fixe le montant de l'entretien et soumet cette obligation à une condition future (en l'espèce la poursuite d'une formation professionnelle au-delà de la majorité), d'examiner si cette condition est ou non réalisée. **3.** En l'espèce, la rupture des relations entre le recourant et sa fille résulte dans une large part du divorce. Selon la jurisprudence, il faut tenir compte, dans un tel cas, des vives émotions que le divorce des parents peut faire naître chez l'enfant et des tensions qui en résultent normalement sans qu'on puisse lui en faire le reproche. Ce n'est que si l'enfant persiste, après être devenu majeur, dans l'attitude de rejet adoptée lors du divorce à l'égard du parent qui n'avait pas la garde, bien que celui-ci se soit comporté correctement envers lui, que cette attitude inflexible lui est imputable à faute (ATF 129 III 375; RJ 10-05). **4.** In casu, le recourant a interrompu l'entretien à peine la majorité de sa fille acquise; la responsabilité dans la rupture des relations ne peut être imputée à l'enfant même après qu'elle eut atteint ses dix-huit ans. **4.** Au vu des informations en possession du recourant, celui-ci ne pouvait pas s'imaginer que sa fille soit devenue financièrement indépendante le jour de sa majorité; cela suffit à fonder, au plan subjectif, sa culpabilité et exclut tant l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) que l'erreur sur les faits (art. 13 CP).

RJ 38-11

Imputation du placement sur la durée de détention d'un mineur?

Arrêt du TF 6B_490/2010 du 11 janvier 2011 (d) (destiné à la publication):

1. Imputation de la durée du placement provisoire ordonné sur la base des art. 15/16 DPMIn sur la privation de liberté ordonnée par le juge pénal? **2.** Le placement et la détention provisoire (qui est une ultima ratio) ne peuvent pas être traités de la même manière, compte tenu des objectifs différents qu'ils poursuivent; l'art. 51 CP ne peut donc pas s'appliquer par analogie en vertu du renvoi de l'art. 1 al. 2 let. b DPMIn. **3.** S'il est mis fin au placement (ordonné à titre provisoire ou définitif) parce qu'il a atteint son but, il ne peut être question d'imputation, puisque la peine privative de liberté ne sera pas exécutée (art. 32 al. 2 DPMIn); dans les autres cas, il faut attendre la fin du placement pour décider si la privation de liberté doit être exécutée et dans quelle mesure elle doit l'être. En pareil cas, la durée du placement est alors imputée sur la privation de liberté (art. 32 al. 3 DPMIn).