Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 479/2007 /frs

Arrêt du 17 octobre 2007
IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges Raselli, Président, Escher, Meyer, Marazzi et Zappelli, Juge suppléant
Greffier: M. Abbet.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Alain Berger, avocat,

contre

dame Y._____,
intimée, représentée par Me Anne Sonnex Kyd, avocate,

Objet
reddition d'un enfant,

recours en matière civile contre la décision de l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève du 22 août 2007.

Faits :

A.
A.a Au printemps 2004, alors qu'elle était séparée de Y._____, son mari, et en instance de divorce, dame Y._____ a fait la connaissance de X._____ et s'est installée chez ce dernier dans l'Etat du New Jersey; elle s'est trouvée enceinte depuis juin 2004. Dame Y._____ et X._____ sont tous deux ressortissants des Etats-Unis d'Amérique.
A.b Le divorce des époux Y._____ a été prononcé dans l'Etat d'Oregon le 8 décembre 2004 et est entré en force trois mois plus tard; le jugement précisait que l'enfant attendu par l'épouse n'était pas issu du mariage.
A.c Le 4 mars 2005, dans le comté de Volusia en Floride, dame Y._____ a donné naissance à une fille prénommée A._____; X._____ a assisté à l'accouchement et a couvert certains frais nécessaires destinés à l'enfant. Les parties ont vécu sous le même toit de mai 2005 au 1er février 2006; elles ont alors convenu de se séparer, X._____ continuant de voir sa fille jusqu'au 3 mars 2006.
A.d Fin mars 2006, dame Y._____ a quitté la Floride pour le Tennessee puis l'Arizona; elle est revenue quelques jours en Floride à la fin avril 2006 afin d'y vendre sa maison, ce qu'elle n'est pas parvenue à faire. Entre fin mars et début mai 2006, X._____ lui a plusieurs fois enjoint de revenir en Floride pour qu'il puisse y revoir sa fille, en vain.

B.
B.a Le 5 avril 2006, X._____ a saisi le Tribunal (Circuit Court) du comté de Volusia d'une demande visant à faire constater sa paternité sur A._____ puis à lui en attribuer la garde; à titre provisionnel, il a également requis qu'il soit fait interdiction à dame Y._____ de quitter le comté avec la mineure.
-:-
Le 25 avril 2006, le Tribunal du comté de Volusia a fait droit à cette dernière requête, en prescrivant que l'enfant ne devait pas être soustraite à sa juridiction pendant la litispendance, que la mère n'était pas autorisée à demander un passeport pour sa fille et qu'elle devait restituer au requérant ceux en sa possession. Il a précisé que l'ordonnance ne devait pas être notifiée avant son exécution à la défenderesse, un tiers étant nommé en tant que elisor, aux fins de la lui signifier. Ce dernier a échoué dans sa mission.
B.b Par décision du 4 mai 2006, le Tribunal a enjoint la défenderesse de ramener A._____ auprès du requérant en raison du fait que celui-ci disposait de "legal rights and responsibilities" envers la

mineure; il a autorisé le demandeur à requérir au besoin l'assistance de la force publique pour faire respecter ce prononcé. Cette décision n'a pas non plus été communiquée à la défenderesse.
B.c Le 21 mai 2006, dame Y._____ a quitté les Etats-Unis avec sa fille pour l'Espagne, avant d'arriver en Suisse le 4 juillet 2006.

C.
C.a A teneur d'une nouvelle ordonnance du 6 juillet 2006, rendue par défaut, le Tribunal du comté de Volusia a attribué temporairement la responsabilité parentale exclusive sur A._____ à X._____; la décision relevait que dame Y._____ avait eu connaissance des précédentes décisions rendues à son encontre après avoir consulté le site internet du Tribunal, ce que cette dernière conteste.
C.b Le 6 novembre 2006, X._____ a encore obtenu du Tribunal du comté de Volusia deux décisions. La première admettait la rectification des actes d'état civil concernant A._____ et l'inscription du demandeur en tant que père. La seconde constatait que, durant la cohabitation des parties et jusqu'en mars 2006, X._____ disposait de droits sur la garde ("inherent custodial rights") de l'enfant, ce qui entraînait l'illicéité de son déplacement au sens de l'art. 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (CEIE; RS 0.211.230.02); le Tribunal précisait que cette constatation était rendue en vertu de l'art. 15 CEIE.
C.c Une expertise ADN effectuée en février 2007 a établi de façon certaine la paternité biologique de X._____.

D.
D.a Le 3 janvier 2007, se fondant sur les deux décisions du 6 novembre 2006, X._____ a requis de l'autorité centrale suisse le rapatriement de l'enfant à son domicile en Floride.
D.b Par ordonnance du 8 juin 2007, le Tribunal tutélaire de Genève a considéré que la mère était restée seule titulaire des droits parentaux sur sa fille jusqu'à leur départ des Etats-Unis; il a donc rejeté la requête.
D.c Statuant le 22 août 2007 sur recours du père, l'autorité de surveillance des tutelles a confirmé cette ordonnance.
D.d X._____ interjette un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire contre cette décision; il conclut à son annulation et à sa réforme en ce sens que le retour immédiat de l'enfant en Floride soit ordonné; il requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire. Dame Y._____ conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 I 140 consid. 1.1; 132 III 291 consid. 1).

1.1 Les décisions statuant sur le retour d'un enfant en application de la CEIE ne sont pas des affaires civiles. Il s'agit d'une entraide administrative entre les Etats contractants (ATF 123 II 419 consid. 1a p. 421; 120 II 222 consid. 2b), liée cependant directement au respect et à la mise en oeuvre du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b. ch. 1 LTF; arrêt 5A 285/2007 du 16 août 2007, consid. 2). Interjeté dans le délai de 10 jours prévu par la loi (art. 100 al. 2 let. c LTF) - et non de 30 jours comme indiqué par erreur par l'autorité cantonale - contre une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF), le recours en matière civile est recevable. Partant, le recours constitutionnel subsidiaire ne l'est pas (art. 113 LTF).

1.2 Le recours en matière civile peut être interjeté, notamment, pour violation du droit international (art. 95 let. b LTF), dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (arrêt 5A 285/2007 du 16 août 2007, consid. 4.1). Le recours ne peut critiquer les constatations de fait de l'autorité cantonale que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte, à savoir arbitraire (ATF 133 III 393 consid. 7.1 p. 398; 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252), ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice est susceptible d'influer le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

2.
L'autorité cantonale a considéré que, après la séparation des parties, aucun droit de visite en faveur du père n'avait été fixé judiciairement, que celui-ci n'avait entrepris aucune démarche pour faire reconnaître sa paternité et que le droit de garde ne lui avait été attribué qu'après le départ de l'intimée et de l'enfant pour l'Europe; elle a ainsi estimé que, avant ce départ, le recourant n'avait pas exercé de manière effective un droit de garde reconnu judiciairement ou par la loi et a donc refusé d'ordonner

le retour en application des art. 3 al. 1 let. b et 13 al. 1 let. a CEIE.
Le recourant prétend au contraire qu'il était bel et bien titulaire d'un droit de garde au moment de l'enlèvement, et qu'il l'exerçait.

2.1 Pour que le déplacement ou le non-retour d'un enfant soit considéré comme illicite, il doit tout d'abord avoir eu lieu en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 al. 1 let. a CEIE).
2.1.1 Le droit de garde, qui peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat (art. 3 al. 2 CEIE), comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CEIE). Pour connaître l'attributaire du droit de garde, il y a lieu de se référer uniquement à l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour (Bucher, L'enfant en droit international privé, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 436; Kuhn, Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all, PJA 9/1997, p. 1095).
La condition posée à l'art. 3 al. 1 let. a CEIE est également remplie lorsqu'une partie viole une limitation territoriale, judiciaire ou conventionnelle, lui faisant défense de résider dans un autre Etat avec l'enfant; une telle limitation - dont la violation figure expressément comme cas d'illicéité dans les travaux préparatoires de la Convention (Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quatorzième session, tome III, p. 9 let. E et p. 163 ch. 4 et 5) - prive en effet le titulaire du droit de garde de la faculté de décider seul le lieu de résidence de l'enfant, et a ainsi pour effet d'instituer une sorte de garde partagée au sens de la Convention (Kuhn, op. cit., p. 1096/1097; Bucher, op. cit., n. 478; Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, thèse Zurich 2005, p. 85/86; cf. également arrêt 5P.310/2002 du 18 novembre 2002, reproduit in FamPra.ch 2003 p. 470).
2.1.2 Pour déterminer l'existence d'un déplacement illicite au sens de l'art. 3 CEIE, l'Etat requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ni sur la reconnaissance des décisions étrangères (art. 14 CEIE). Une déclaration relative au droit de garde établie par les juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant lie en principe les juridictions de l'Etat requis (Beaumont/McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999, p. 65). Les autorités de l'Etat requis peuvent également demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant et portant sur le caractère illicite du déplacement (art. 15 CEIE). Ce document peut être établi valablement même en l'absence du parent qui a enlevé l'enfant (Staudinger/Pirrung, Kommentar zum BGB, 13e éd. Berlin 1994, n. 691 ad Vorbemerkungen zu Art. 19 EGBGB); il doit se prononcer sur l'interruption ou non d'une garde effective et légitime prima facie, d'après le droit de la résidence habituelle
de l'enfant (Rapport explicatif Perez-Vera, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quatorzième session, tome III, n. 120 in fine, p. 463). Selon Siehr, son contenu lie les juridictions de l'Etat requis, dans la mesure du moins où il concerne l'existence d'un droit de garde légitime au sens de l'art. 3 al. 1 let. a CEIE (Siehr, Münchener Kommentar BGB, Bd 10, 3e éd. 1998, n. 71 ad art. 19 Anh. II); Pirrung est plus nuancé, qui affirme simplement que ces juridictions peuvent prendre en compte ce résultat sans autre examen (Staudinger/Pirrung, loc. cit.). Comme on le verra (ci-dessous, consid. 2.1.3), la question peut demeurer indécise.
2.1.3 En l'espèce, le fait que la mère ait quitté les Etats-Unis en violation de l'interdiction de déplacement ordonnée le 25 avril 2006, suffit en soi à satisfaire aux conditions de l'art. 3 al. 1 let. a CEIE (ci-dessus, consid. 2.1.1 in fine).
De surcroît, l'existence de certains droits du recourant envers sa fille ressort de la décision du Tribunal du comté de Volusia du 4 mai 2006, antérieure au déplacement de l'enfant; le Juge y constate en effet que le père dispose de "legal rights and responsibilities with respect to said child". Cette déclaration, qui émane du Tribunal du lieu de résidence habituelle de l'enfant avant son départ des Etats-Unis, lie les juridictions suisses.
Enfin, la décision du 6 novembre 2006, expressément qualifiée de décision de constatation au sens de l'art. 15 CEIE, établit que le recourant bénéficiait d'un droit de garde ("inherent custodial rights") durant toute la période de cohabitation des parents avec l'enfant - de mai 2005 au 1er février 2006 - et jusqu'en mars 2006, ce qui rendait le déplacement de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 CEIE. Rien ne permet de mettre en doute cette constatation. En particulier, l'art. 744.301 des Statuts de Floride invoqué par l'intimée, qui prévoit que la mère d'un enfant né hors mariage en est le gardien naturel ("natural guardian"), ne permet pas de déduire qu'elle était la seule à disposer de l'autorité parentale et de la garde sur sa fille; aucune jurisprudence américaine en ce sens n'a d'ailleurs été communiquée. Les juridictions helvétiques peuvent donc, sans autre examen, s'en tenir aux droits constatés par le Tribunal du comté de Volusia dans ses décisions.

En conséquence, l'affirmation de l'autorité de surveillance, selon laquelle le droit de garde n'a été attribué au père qu'après le départ de la mère et de l'enfant pour l'Europe, est erronée; de même, le fait qu'aucun droit de visite n'a été fixé après la séparation des parties ainsi que l'absence de démarches du père en vue de reconnaître sa paternité avant le départ de l'enfant ne permettent pas de contester l'existence d'un droit de garde légitime du père sur l'enfant avant le 21 mai 2006.

2.2 Il s'agit dès lors d'examiner la seconde condition posée par la Convention, à savoir que le droit de garde ait été exercé de façon effective au moment de l'enlèvement, ou l'eût été si cet événement n'était pas survenu (art. 3 al. 1 let. b CEIE).
2.2.1 Cette condition doit être admise de façon large (Siehr, op. cit., n. 29 ad art. 19 Anh. II); elle est présumée remplie lorsque le détenteur de la garde engage une démarche pour obtenir le retour de l'enfant (Bucher, op. cit., n. 437).
L'autorité requise n'a pas à initier des vérifications à ce sujet, sauf s'il apparaît nettement que le requérant avait en fait déjà renoncé à son droit (Bucher, loc. cit.); s'il existe un doute, il appartient au parent qui s'oppose au retour d'alléguer l'absence de garde effective et d'en apporter la preuve en vertu de l'art. 13 al. 1 CEIE. Les exceptions au retour prévues par cette disposition s'interprètent de manière restrictive; le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêt 5A 285/2007 du 16 août 2007, consid. 4.1). L'absence de garde effective au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CEIE ne saurait être retenue que lorsqu'il apparaît clairement que le titulaire du droit de garde ne se soucie pas de son enfant et a abandonné l'exercice de son droit; des contacts réguliers suffisent à écarter ce motif de refus même dans l'hypothèse où l'enfant aurait été placé chez des parents ou des tiers (Bucher, op. cit., n. 464; Zürcher, op. cit., p. 78; Siehr, loc. cit.; pour une casuistique: Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, PJA 11/2002, p. 1332).
2.2.2 En l'espèce, l'autorité cantonale a constaté que, jusqu'au 1er février 2006, le recourant avait vécu sous le même toit que sa fille, à l'exception d'une période d'un mois et demi durant laquelle la mère s'était absentée avec l'enfant; en février et mars 2006, il a continué de la voir avant que l'intimée ne l'emmène de la Floride vers le Tennessee puis l'Arizona; de fin mars à début mai 2006 enfin, il a, à maintes reprises, sollicité de la mère le retour de l'enfant.
Force est donc d'admettre que, avant le départ de l'enfant, le recourant exerçait effectivement et régulièrement le droit de garde dont il était titulaire. Il convient de préciser, dans la mesure où l'autorité cantonale semble y avoir attaché de l'importance, que l'absence de contact avec le père durant la période située entre le départ de la mère et de l'enfant de Floride à fin mars 2006 et leur départ des Etats-Unis le 21 mai 2006, ne peut être assimilée à un abandon de l'exercice du droit de garde, d'autant que le recourant n'a cessé de réclamer le retour de l'enfant; au demeurant, l'absence de contact entre le père et l'enfant durant cette période est due au seul comportement de la mère, qui ne saurait dès lors en tirer aucun avantage (cf. ci-dessus, consid. 2.2.1).
En conséquence, l'autorité cantonale a enfreint les art. 3 et 13 al. 1 let. a CEIE en considérant qu'il y avait lieu de faire exception au retour de l'enfant.

3.
Quant à la réserve de l'ordre public, l'art. 20 CEIE en réduit la portée au seul respect des principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ATF 123 II 419 consid. 2b p. 423; Abt, Der Ordre public-Vorbehalt des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen, PJA 9/1997, p. 1079; Staudinger/Pirrung, op. cit., n. 698 ad Vorbemerkungen zu Art. 19 EGBGB). La violation de ces garanties fondamentales ne peut être invoquée comme motif de refus que si elle est grave et liée directement à la situation en cas de retour de l'enfant (Zürcher, op. cit., p. 173; Bucher, op. cit., n. 492).
En l'espèce, l'absence de notification à la mère des décisions des 25 avril et 4 mai 2006 n'est en aucune façon liée à la situation en cas de retour de l'enfant; elle ne saurait donc faire obstacle à ce retour.

4.
Au vu de ce qui précède il est superflu d'examiner le second argument du recourant, à savoir l'existence, dans le droit américain, ou dans celui de l'Etat de Floride, d'un "droit de garde de la Cour" tel que peuvent le connaître les juridictions anglaises ou écossaises dès qu'elles sont saisies d'une demande tendant à la garde de l'enfant (cf. Beaumont/McEleavy, op. cit., p. 66 ss; Siehr, Entführung eines "Mündels des Gerichts" (ward of court) nach Deutschland, IPRax 2005, p. 526 ss; Zürcher, op. cit., p. 80/81).

5.

Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé. L'urgence à observer dans les procédures d'enlèvement d'enfants justifie que le Tribunal fédéral ordonne lui-même le retour (ATF 131 III 334 consid. 6 p. 343/344); ordre sera donc donné à l'intimée d'assurer le retour de sa fille aux Etats-Unis d'ici à la fin novembre 2007.
Conformément à l'art. 26 al. 2 CEIE qui prévoit la gratuité de la procédure, il n'est pas perçu de frais judiciaires (arrêt 5A 285/2007 du 16 août 2007, consid. 5). Vu le sort du recours, l'intimée versera au recourant une indemnité à titre de dépens. Dans cette mesure, la demande d'assistance judiciaire déposée par le recourant est sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

2.
Il est ordonné à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant aux Etats-Unis d'ici à la fin novembre 2007.

3.
Il n'est pas perçu de frais de justice.

4.
L'intimée versera au recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.

5.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève.
Lausanne, le 17 octobre 2007
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: