

Protection internationale des enfants – Convention de La Haye de 1996 et LF-EEA

Aperçu général

par

Andreas Bucher

Professeur honoraire, Faculté de droit, Université de Genève

Le régime de la protection internationale des enfants sera modifié prochainement, à la suite de la décision des Chambres fédérales, du 21 décembre 2007, d'autoriser le Conseil fédéral à ratifier la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*¹. Cela sera fait avant la fin du mois de mars 2009, si bien que la Convention de la Haye de 1961 va être remplacée avec effet au 1^{er} juillet 2009. Cette ratification, de même que celle de la Convention parallèle, de l'an 2000, sur la protection des adultes,² est liée à la nouvelle *loi fédérale* sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA).³

Cette nouvelle législation fédérale a donc trois objets :

- Accompagner la mise en application des deux Conventions de La Haye de 1996 et 2000, en particulier pour définir le rôle respectif des autorités centrales, fédérale et cantonales.
- Introduire des règles d'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁴.
- Modifier l'article 85 LDIP, principalement pour remplacer la référence à la Convention de 1961 par la mention des deux nouvelles Conventions.

L'assimilation de nouveautés étant déjà une tâche en soi, l'on doit y ajouter que, dans notre environnement européen, l'instrument pertinent est différent, soit le Règlement n° 2201/2003, dit Bruxelles II^{bis}, du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parental⁵.

¹ RS 0.211.231.02, FF 2007 p. 2497 ss. Cf., outre le Message du Conseil fédéral, FF 2007 p. 2433 ss (2442-2451); Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève etc. 2003, p. 177-205; idem, *La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, RSDIE 7 (1997) p. 67-127; idem, *L'enfant du couple désuni en droit international privé*, SJ 128 (2006) II p. 239-292 (268-281); Estelle Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris 2004; Jutta Krahe, *Das Haager Kinderschutzübereinkommen*, Frankfurt a.M. etc. 2004; Paul Lagarde, *Rapport explicatif, Actes et doc. 18/II*, 1996, p. 534-605; idem, *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs*, Rev.crit. 86 (1997) p. 217-237; Kurt Siehr, *Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern*, *RabelsZ* 62 (1998) p. 464-518.

² RS 0.211.232.1, FF 2007 p. 2481 ss

³ RS 211.222.32, FF 2008 p. 33 ss

⁴ RS 0.211.230.02. Ces règles devront être observées déjà dans les procédures pendantes le 1^{er} juillet 2009 devant les autorités cantonales (art. 16 LF-EEA). Les mêmes règles (sauf l'art. 5) s'appliquent dans le contexte de demandes liées à un enlèvement et fondées sur la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, conclue à Luxembourg le 20 mai 1980 (RS 0.211.230.01).

⁵ JOCE 2003 L 338, p. 1. Cf. A. Bucher, *L'enfant du couple désuni en droit international privé*, SJ 2006 II p. 239-292 (274-281).

Ce texte est certes fondé essentiellement sur les Conventions de La Haye citées, de 1980 et de 1996, mais il présente quelques différences significatives. Il faudra en être conscient dans les contacts avec les autorités centrales des Etats membres de l'Union européenne, dont l'expérience sera marquée par le fonctionnement dudit Règlement. L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de La Haye de 1996, à travers les Etats membres, est en préparation.

I. La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants

Ce nouvel instrument n'entend pas renverser les bases établies depuis 1961, mais il offre un régime juridique en profondeur de tous les aspects de protection des enfants dans les relations interétatiques, sans toucher cependant à l'adoption ni aux obligations alimentaires. On se bornera ici à en présenter les traits principaux.

La Convention vise les « *mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant* », décrites en détail à l'article 3. La liste qui y figure n'est pas exhaustive, mais il est très difficile de trouver une mesure qui ne pourrait être rangée dans aucune des rubriques. Ces mesures ne sont cependant réglées par la Convention que si elles ne relèvent pas de l'un des *domaines exclus* du champ de celle-ci en vertu de son article 4, dont la liste est exhaustive.

Au sujet des droits de garde et de visite, l'article 3, lettre b), prévoit qu'ils constituent des mesures de protection au sens de la Convention. La Convention ne fait aucune mention d'une « garde de fait » ou d'une notion similaire. Un tel droit est sans aucun doute compris dans la notion de « droit de garde » au sens de la Convention. S'il devait exister une distinction entre une garde « de droit » et une garde « de fait », elle n'aurait de l'importance que pour l'application du droit matériel applicable (comme dans la pratique actuelle en Suisse) mais non pour celle des dispositions de la Convention pour lesquelles ces deux notions suivent le même régime.

A. Compétence internationale

L'article 5, alinéa 1 CLaH 96 consacre le principe de la compétence des autorités, judiciaires ou administratives, de l'Etat contractant de la *résidence habituelle de l'enfant*⁶. L'alinéa 2 précise qu'en cas de changement de la résidence habituelle, cette compétence revient aux autorités de l'Etat de la nouvelle résidence. Comme pour la Convention de 1961, le principe de la "perpetuatio fori" ne s'applique pas dans les relations avec les Etats contractants⁷. En revanche, on signalera un régime d'exception, à l'article 7 CLaH 96, prorogeant la compétence de l'autorité de la résidence habituelle dans des cas d'enlèvement d'enfants⁸.

⁶ La détermination de la compétence à raison du lieu relève du droit commun. Faute de règle plus précise à l'art. 85 LDIP, on appliquera simplement la même notion de résidence habituelle (ATF 124 III 176 ss, 178-180).

⁷ ATF 123 III 411 ss, 413 s. Cela s'applique également dans l'hypothèse où le déplacement de la résidence a eu lieu alors que la cause était pendante en appel, pourvu que la cour d'appel ait disposé d'un pouvoir de cognition en fait et en droit, comme l'a constaté l'ATF 132 III 586 ss, 591 s. Cet arrêt annule, pour ce seul motif, un arrêt rendu le 16 février 2006 par la Cour de justice.

⁸ Cf., sur cette disposition compliquée, Bucher, *op.cit.*, n° 520-525.

L'innovation principale de cette partie de la Convention consiste en un véritable système de *transfert de compétence* entre autorités, qui est à double sens, selon que l'initiative pour un transfert de compétence émane de l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle ou qu'elle est le fait de l'autorité de l'Etat national ou d'un autre Etat étroitement concerné⁹.

Selon l'article 8 CLaH 96, en effet, l'autorité de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant peut proposer, "à titre d'exception", que sa compétence soit transférée à l'autorité d'un autre Etat contractant dont elle estime qu'elle "serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant" (al. 1), telle l'autorité de l'Etat national ou celle du lieu de situation de biens de l'enfant (al. 2). L'opportunité d'un tel transfert dépend des liens avec la situation de fait, mais elle doit également être appréciée en tenant compte du fait que l'autorité saisie dans un autre Etat appliquera sa propre loi (art. 15 al. 1). Le champ matériel de la compétence à transférer est à déterminer en fonction du "cas particulier". Il peut être large, couvrant une protection générale de l'enfant, mais il peut également être partiel et porter uniquement, par exemple, sur la nomination d'un représentant légal dans le pays de situation d'un immeuble.

L'article 9 CLaH 96 se présente comme le miroir de l'article 8. Il offre aux autorités en soi incompétentes la possibilité de demander à ce que la compétence, qui revient en principe à l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant, leur soit transférée. Pour qu'elle aboutisse, cette démarche doit être acceptée par l'autorité requise.

Pour tenir compte d'une demande émanant de certains Etats de l'Union européenne, la Convention ajoute à l'article 10 CLaH la compétence alternative du *tribunal saisi de l'action en divorce*, en assortissant cependant de conditions très restrictives qui laissent douter de son utilité. La compétence du juge du divorce pour prendre des mesures de protection, liées ou non à la séparation des parents, suppose tout d'abord que le juge dispose d'une telle compétence d'après sa propre loi. Un tel for ne pourra être retenu dans un Etat contractant que si l'enfant a sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant. L'enfant n'ayant pas, par hypothèse, sa résidence habituelle dans l'Etat du divorce, la lettre a) de l'alinéa 1 retient comme chef de compétence la résidence habituelle des deux ou de l'un des parents au commencement de la procédure. Un tel lien n'est cependant suffisant que si au moins l'un des parents a la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant. La lettre b) exige de surcroît que les deux parents aient accepté la compétence du juge du divorce et que celle-ci soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsqu'elle est acceptée d'un commun accord par les parents, la compétence du juge du divorce pour régler le sort des enfants donnera satisfaction dans la plupart des cas, notamment du fait qu'elle évite aux parents d'être impliqués dans deux procédures séparées, l'une au for du divorce et l'autre au lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Le critère de l'intérêt de l'enfant permet toujours au juge du divorce d'examiner et de juger de l'opportunité de sa compétence.

Les cantons désignent l'autorité compétente pour délivrer le *certificat* indiquant la qualité et les pouvoirs du titulaire de la responsabilité parentale ou de toute personne à qui est confiée la protection de l'enfant (art. 40 CLaH 96, art. 2 al. 3 LF-EEA). Idéalement, il s'agit de

⁹ L'autorité compétente se charge elle-même des contacts nécessaires, mais elle peut solliciter l'aide de l'autorité centrale ou d'autres autorités ou organismes désignés (art. 31 lit. a). Très souvent, les demandes venant de l'étranger parviendront d'abord à l'autorité centrale.

l'autorité disposant de la compétence générale pour ordonner des mesures ainsi que de celle qui en a prise dans le cas particulier.

B. Loi applicable

A l'instar des articles 2 et 4 de la Convention de 1961, l'article 15, alinéa 1, du nouvel instrument prévoit que les autorités des Etats contractants appliquent "*leur loi*". Le principe fondé sur la "*lex fori*" est assoupli à l'alinéa 2 par une clause d'exception, permettant à l'autorité d'appliquer ou de prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un "*lien étroit*", et ce "*exceptionnellement*" et "*dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert*".

Les autres dispositions du chapitre III portent essentiellement sur la détermination de la loi régissant la *responsabilité parentale*, lorsque celle-ci est attribuée "*de plein droit*", sans faire l'objet d'une mesure de protection. Cette loi est celle de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16 CLaH 96) qui est, le cas échéant, la loi d'un Etat non contractant, le chapitre III de la Convention s'appliquant donc "*erga omnes*" (art. 20).

En substance, ce régime a pour effet que toute acquisition de responsabilité parentale dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant est considérée comme effective (al. 1) et valable même à la suite d'un changement de la résidence dans un Etat qui ne l'admettrait pas en son droit interne (al. 3). Ainsi, l'autorité acquise au père non marié en France alors que l'enfant y était habituellement résident reste acquise après le transfert de cette résidence en Suisse ou dans un autre pays.

En revanche, l'autorité qui serait conférée à l'un des parents d'après la loi de la nouvelle résidence habituelle, l'est effectivement, alors même que ce parent n'en était pas investi d'après la loi d'une résidence antérieure dans un autre pays, par exemple au moment de la naissance de l'enfant. Ainsi, la mère qui n'aurait pas obtenu l'autorité parentale d'après la loi de l'Arabie Saoudite, déterminante au jour de la naissance, acquiert cette autorité dès le moment où la résidence habituelle est transférée en Suisse ou dans un autre pays qui l'investit de cette autorité.

On rappellera que la notion de responsabilité parentale, qu'elle soit attribuée de plein droit ou non, conjointe ou non, comprend l'ensemble des droits, pouvoirs et obligations des parents, comme le précise l'article 1^{er}, alinéa 2 CLaH 96. L'attribution de plein droit de cette responsabilité comprend donc celle du droit de garde et du droit aux relations personnelles.

C. Reconnaissance et exécution des mesures étrangères

La nouvelle Convention présente une réglementation élaborée de la reconnaissance des mesures dans les Etats parties et elle comble la lacune laissée par l'article 7 de la Convention de 1961 par l'inclusion dans ce régime de l'exécution des mesures. Des précautions ont été prises, cependant, afin de tenir compte de la situation particulière de l'enfant et de son besoin de protection.

Après avoir statué, à l'alinéa 1, le principe que les mesures prises par les autorités d'un Etat contractant sont reconnues « de plein droit » dans les autres Etats contractants, l'article 23

CLaH 96 présente dans son alinéa 2 une liste des motifs de refus de la reconnaissance. L'examen des conditions de reconnaissance doit porter, tout d'abord, sur la compétence, dite indirecte, de l'autorité qui a prononcé la mesure (lit. a). L'article 23, alinéa 2, mentionne spécialement comme motif de refus la violation du droit d'être entendu, dans l'hypothèse d'une mesure prise hors le cas d'urgence. Lorsque l'enfant a été privé de la possibilité d'être entendu, le refus n'est fondé que dans des situations constituant également une "violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis" (lit. b). Le non-respect du droit d'être entendu suffit en revanche pour refuser la reconnaissance d'une mesure "à la demande de toute personne prétendant que cette mesure porte atteinte à la responsabilité parentale" (lit. c). La même protection devra être assurée lorsque la personne qui ne détient pas la responsabilité parentale et ne prétend pas l'obtenir, est confrontée à une mesure lui retirant ou restreignant le droit de garde ou le droit de visite. De toute manière, un vice grave de la procédure devant l'autorité qui a pris la mesure pourra être sanctionné, comme toute mesure choquante dans son résultat, en vertu de la réserve de l'ordre public (lit. d).

Idéalement, les litiges sur la reconnaissance de mesures étrangères devraient être tranchés par la même autorité que celle qui est en principe compétente pour les ordonner¹⁰. Dans la mesure où une telle concentration des compétences n'est pas réalisée et qu'une mesure étrangère est présentée, l'autorité de protection de l'enfant, respectivement le juge du divorce, devra cependant statuer sur sa reconnaissance à titre incident (cf. art. 29 al. 3 LDIP), étant donné que celle-ci s'opère « de plein droit ».

Pour les décisions relatives à la garde, il convient par ailleurs d'observer l'article 10 de la Convention de Luxembourg, applicable même s'il n'y a pas eu d'enlèvement.

D. *Coopération*

Dans la pratique de la protection des enfants au plan interétatique, les questions de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution des mesures ne sont souvent pas au centre des préoccupations. L'attention porte surtout sur les difficultés de réunir devant une seule autorité toutes les informations pertinentes concernant l'enfant et sa famille.

Conformément à l'article 29, chaque Etat désigne au moins une *autorité centrale* (al. 1 ; art. 1 LF-EEA). La Suisse désigne une autorité centrale dans chaque canton (al. 2 ; art. 2 LF-EEA) ; il s'agirait à Genève du Service de la protection des mineurs. Ces autorités ont tout d'abord un *devoir général* de promouvoir la coopération interétatique et de fournir des informations sur la législation et les services disponibles dans leur pays (art. 30) ; cette tâche revient en Suisse à l'autorité fédérale (art. 1, al. 3 LF-EEA).

Les autorités centrales ont un très large pouvoir de *délégation*, s'agissant notamment de l'assistance lors des communications directes entre autorités (art. 31 lit. a) et de la promotion de la médiation (art. 31 lit. b). L'autorité centrale peut également s'appuyer sur l'aide d'une autre autorité publique ou d'un organisme approprié pour localiser un enfant sur demande d'une autorité d'un autre Etat contractant (art. 31 lit. c). L'essentiel des charges de coopération re-

¹⁰ Confier, à Genève, les décisions sur les mesures à prendre au Tribunal tutélaire et celles sur la reconnaissance des mesures étrangères au Tribunal de première instance, n'est pas une solution rationnelle et soucieuse d'une prise en charge cohérente et efficace de la protection de l'enfant.

vient aux autorités cantonales, notamment dans la gestion des cas particuliers et de la transmission d'informations les concernant, de l'étranger et vers l'étranger (art. 2, al. 2 LF-EEA)¹¹.

Les dispositions les plus importantes sont celles qui tendent à assurer dans le cas particulier une entraide directe entre les autorités d'Etats différents.

L'autorité compétente d'un Etat contractant avec lequel l'enfant a un lien étroit peut demander à l'autorité centrale de l'Etat contractant dans lequel l'enfant réside habituellement et est présent, de lui fournir un *rapport sur la situation de l'enfant* (art. 32 lit. a). La transmission de la demande (qui doit être motivée) et la confection du rapport peuvent être confiées à une autre autorité publique ou à un organisme qualifié. Ce rapport présente un intérêt surtout pour le parent qui vit séparé de l'enfant et auquel l'entourage de ce dernier refuse de donner des informations suffisantes.

Lorsque, en revanche, une procédure est en cours devant une autorité compétente en vertu des dispositions du chapitre II, celle-ci peut, si la situation de l'enfant l'exige, demander directement à toute autorité d'un autre Etat contractant qui détient des *informations utiles* pour la protection de l'enfant de les lui *communiquer* (art. 34 al. 1). Le juge compétent pour statuer sur le divorce et l'attribution d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant aura souvent besoin de réunir des informations en provenance des autorités en contact direct avec l'enfant. C'est également par ce canal que l'on pourra acheminer une demande de procéder à l'audition de l'enfant. L'autorité de la résidence habituelle de l'enfant, par contre, pourra avoir besoin de recevoir des informations objectives sur un parent vivant dans un autre Etat contractant, notamment au sujet de l'attribution de la garde ou de l'aménagement des relations personnelles avec l'enfant.

Par ailleurs, l'autorité, en soi incompétente, peut demander à l'autorité compétente dans l'Etat dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle *d'examiner l'opportunité de prendre des mesures*. La lettre b) de l'article 32 prévoit cette possibilité si l'autorité requérante est celle d'un Etat contractant avec lequel l'enfant a un lien étroit et si l'enfant est par ailleurs présent dans le pays de sa résidence habituelle. L'autorité saisie de la demande devra l'examiner, mais elle est libre d'y donner suite ou non. On ne doit pas sous-estimer l'utilité des suggestions qui pourraient lui être ainsi transmises afin de mieux assurer la protection de l'enfant, notamment de la part du juge du divorce et de l'autorité proche d'un parent souhaitant trouver une réglementation plus satisfaisante des relations personnelles avec l'enfant.

Le parent qui réside dans un Etat contractant autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant dispose d'un instrument de procédure plus performant pour être assuré que, lors d'une décision sur son *droit de visite*, sa situation soit dûment prise en considération par l'autorité compétente. S'il souhaite obtenir ou conserver un tel droit, ce parent peut en effet demander à l'autorité de son pays de résidence de *recueillir des renseignements ou des preuves* à ce sujet et de se prononcer ensuite sur l'aptitude de ce parent à exercer le droit de visite et sur les

¹¹ Alors que la compétence des autorités cantonales est large, celle de l'autorité fédérale ne porte que sur les tâches énumérées à l'art. 1, al. 3 LF-EEA. Celles-ci incluent la transmission de communications de l'étranger, s'agissant de celles qui lui parviennent. Au fur et à mesure du développement de la pratique, ces messages vont être adressés aux autorités cantonales directement.

conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer¹². Ces renseignements, preuves et conclusions sont communiqués à l'autorité compétente, qui aura l'obligation de les prendre en considération, avant de se prononcer (art. 35 al. 2). Elle pourra suspendre la procédure en attendant les résultats en provenance de l'Etat du parent concerné (art. 35 al. 3), sa compétence étant alors limitée aux mesures d'urgence (art. 11) ou provisoires (art. 12, 35 al. 4). L'exercice effectif du droit de visite ainsi que le maintien de contacts directs réguliers sont d'ailleurs mentionnés expressément au sujet de l'assistance que les autorités des Etats contractants doivent se prêter dans la mise en oeuvre de mesures de protection prises en application de la Convention dans un autre Etat contractant (art. 35 al. 1).

II. Les éléments de réforme pour les procédures d'enlèvement d'enfants

On ne reviendra pas sur les difficultés éprouvées récemment lors de l'application de la Convention de La Haye de 1980 en Suisse, liées notamment à la rigidité de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³. Les dispositions de la LF-EEA tentent d'y remédier. Leur explication peut prendre pour aide le Message du Conseil fédéral¹⁴, le rapport de la Commission d'experts qui a préparé le premier projet¹⁵, très largement suivi, ainsi que les quelques commentaires publiés depuis lors¹⁶.

La loi fédérale contient à l'article 5 une solution de fond qui entend expliciter les conditions d'application de l'article 13, alinéa 1, lettre b) CLaH 80 pour les cas particulièrement douloureux où le retour de l'enfant ne pourra pas se faire par la remise au parent requérant, par hypothèse inapte à accueillir et héberger l'enfant, et que le parent à l'origine de l'enlèvement se trouve dans une situation qui lui rend le retour impossible ou à ce point difficile que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui. On se limitera ici à cette mention¹⁷, l'attention étant portée dans l'immédiat surtout sur les solutions de procédure.

A. La célérité de la procédure

L'expérience montre que les cas d'enlèvement deviennent chaque fois nettement plus critiques au fur et à mesure que la procédure perdure. Une situation incertaine qui dure longtemps (parfois plusieurs années) constitue un poids très lourd à porter par un enfant et par sa famille. En fait, la cause principale des difficultés rencontrées en pratique réside moins dans l'interpréta-

¹² Cette autorité doit être désignée. Elle devrait être du même niveau de fonction que celle compétente pour ordonner des mesures.

¹³ Cf. Bucher, *op.cit.*, SJ 2006 II p. 239-247.

¹⁴ FF 2007 p. 2433 (2460-2471).

¹⁵ Le rapport final de la Commission se trouve sur le website du Département fédéral de justice et police : <<http://www.ofj.admin.ch/>>, suivant les sujets "Thèmes", "Société", "Législation" et "Enlèvement international d'enfants". Cf., par ailleurs, A. Bucher, Internationale Kindesentführungen heute, in: Dritte Familienrechtstage Basel 2006, Berne 2006, p. 103-137; idem, *op.cit.*, SJ 2006 II p. 247-268.

¹⁶ A. Bucher, Réforme en matière d'enlèvement d'enfants : la loi suisse, in: Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Milan 2009, p. 181-197; idem, The New Swiss Federal Act on International Child Abduction, JPIL 2008 p. 139-165; Daniel Häring, Neuerungen im Bereich internationaler Kindesentführung, FamPra.ch 2007 p. 256-279; Monique Jametti Greiner, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 2008 p. 277-308; Merle H. Weiner, Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases, American University Law Review 58 (2008) p. 335-403.

¹⁷ Cf., par ailleurs, Bucher, *op.cit.*, SJ 2006 II p. 248-255; FF 2007 p. 2462-2464.

tion précise de la Convention que dans la longueur inutile de la procédure. L'enfant supporte nettement mieux le retour dans son Etat de provenance si la durée de son absence était relativement courte et s'il ne s'est pas encore véritablement intégré dans l'Etat vers lequel il a été enlevé. La situation se présente de manière similaire pour le parent auteur de l'enlèvement.

La Convention, qui exige que les Etats contractants recourent à leurs procédures d'urgence (art. 2 CLaH 80) et qu'ils procèdent d'urgence (art. 11, al. 1 CLaH 80) afin de permettre le retour immédiat (art. 12, al. 1 CLaH 80), étant entendu que le dépassement d'un délai de six semaines (par instance) est considéré comme "retard" (art. 11, al. 2 CLaH 80).

La seule solution aisément praticable et acceptable consiste à traiter les demandes de retour d'enfants enlevés dans chaque canton par une *instance unique*, la Cour de justice à Genève. Les cantons doivent également désigner une autorité unique pour l'exécution des décisions de retour (art. 12, al. 1 LF-EEA). Idéalement, cette autorité est la même que celle qui a statué sur le retour¹⁸. Il doit s'agir d'une autorité apte à évaluer l'intérêt de l'enfant dans une telle situation difficile et à engager un dialogue favorisant l'exécution volontaire (cf. art. 12, al. 2 LF-EEA). La saisine du Tribunal fédéral passe par la voie du recours en matière civile (art. 72, al. 2, lit. b, ch. 7 LTF). Le délai est de dix jours seulement (art. 100, al. 2, lit. c LTF)¹⁹. Les règles sur la gratuité ou l'allègement de la charge des frais s'appliquent à tous les niveaux de la procédure, y compris au stade de la conciliation ou de la médiation (art. 14 LF-EEA, art. 26 CLaH)²⁰.

B. *L'analyse de la situation et des solutions dans la perspective d'un règlement à l'amiable*

I. *Les démarches initiales*

La Convention part du principe que la remise de l'enfant a lieu, si possible, sur une base volontaire (art. 10). Par conséquent, la procédure doit être aménagée de telle sorte qu'elle vise en premier lieu une solution à l'amiable.

En général, l'autorité centrale fédérale devrait diriger les parties immédiatement après réception d'une demande de retour vers la voie du règlement du litige à l'amiable. Cette tentative réussit dans un nombre considérable de cas. S'il s'avère que la situation familiale est lourdement chargée de conflits, l'autorité centrale est cependant souvent dépassée. Elle ne dispose pas des connaissances interdisciplinaires nécessaires lors de l'appréciation de situations difficiles impliquant des enfants. Elle tend alors à inciter l'auteur de l'enlèvement à la remise de l'enfant sans disposer d'une connaissance bien pondérée de la situation familiale. Le dossier est parfois acheminé, très tôt déjà, au tribunal cantonal, ce qui peut produire l'effet que le conflit dégénère prématurément en une lutte acharnée, fermant la porte à des démarches consensuelles.

¹⁸ Elle opère, comme le fait l'Obergericht de Zurich, par exemple, en étroite collaboration avec l'autorité centrale, les experts disponibles et la police.

¹⁹ Cf. ATF 29.8.2007, 5A_401/2007, SJ 2008 I p. 253; 7.9.2007, 5A_352/2007.

²⁰ Ceci cependant sous réserve de la réciprocité, cf. ATF 28.2.2008, 5A_713/2007, c. 5, AJP 2008 p. 1312.

Afin d'assurer qu'une plus grande place soit laissée à des tentatives de conciliation, il est prévu dans la loi qu'une phase de recherche d'un règlement à l'amiable du litige précède la procédure judiciaire proprement dite.

L'appréciation de la question d'un rapatriement possible de l'enfant enlevé dans son Etat de provenance englobe nécessairement la pondération d'une multitude de faits pertinents relatifs à la situation personnelle et familiale de l'enfant. L'autorité judiciaire dotée d'une formation juridique n'est toutefois souvent pas en mesure de prendre connaissance elle-même de tous les éléments déterminants de nature psychologique et sociale et de les évaluer correctement. De même, il est difficile, voire impossible pour le tribunal de préparer une solution de conciliation équilibrée s'il n'a pas connaissance des éléments essentiels non juridiques. Le recours à des connaissances spécialisées pluridisciplinaires présente l'avantage que le nombre des procédures se soldant par une solution à l'amiable augmente et que l'intérêt de l'enfant peut être mieux pris en compte.

C'est la raison pour laquelle l'article 3 LF-EEA prévoit que l'autorité centrale établit, en collaboration avec les cantons, un réseau d'experts disponibles et aptes à intervenir d'urgence, organisé selon les régions linguistiques. Les autorités devront veiller à ce que seuls des experts remplissant toutes les exigences au niveau des connaissances professionnelles²¹ et de la disponibilité soient pris en considération. Par la même voie, il est possible d'intégrer des institutions qui s'occupent à titre professionnel de la prise en charge d'enfants (tel le Service social international).²²

Dans le cas d'espèce, le recours aux experts est arrangé de préférence de telle manière qu'un projet de solution du cas d'enlèvement est établi le plus tôt possible et que les différentes interventions sont coordonnées en conséquence. Le "*care team*" constitué ad hoc se chargerait alors sous l'initiative de l'autorité centrale²³ de la planification et de l'exécution des différentes démarches, étant entendu que les parents concernés, les avocats déjà désignés et le curateur de l'enfant y seraient également associés. Il serait par ailleurs possible d'établir le contact avec le tribunal cantonal compétent. Le groupement des intéressés vise à empêcher le déplacement de la responsabilité vers un grand nombre de personnes de référence, ce qui risque de perturber les parents et conduire à une situation conflictuelle plus intense.

Dans une première phase, il s'agit d'établir les contacts avec toutes les personnes intéressées et avec les conseillers et de procéder ensuite à une analyse approfondie de la situation et des conflits permettant d'identifier les problèmes essentiels posés dans le cas d'espèce. Les conseils, la conciliation ou la médiation peuvent, dans une deuxième phase, se fonder sur cette base.

²¹ On peut songer à des domaines comme la psychologie du développement, la psychiatrie d'enfants et d'adolescents, la psychiatrie d'adultes, la dynamique familiale, la médiation familiale, la science de la négociation, les connaissances en matière de conflits interculturels et de communication multiculturelle (y compris les langues), la formation et l'expérience en droit international de la famille (en tant que curateur, avocat ou juge), les connaissances de différents pays et civilisations.

²² Le réseau sera également disponible dans des cas d'enlèvement impliquant des Etats non contractants et ceux dans lesquels l'enfant a été enlevé de la Suisse vers l'étranger. De surcroît, en vertu de l'art. 1, al. 3, lit. e) LF-EEA, l'autorité centrale fédérale doit promouvoir la coopération avec le réseau d'experts également dans le contexte des Conventions de protection de 1996 et de 2000.

²³ En vertu de l'art. 7 al. 2, lit. b, c, d et h, et de l'art. 10 de la Convention.

La médiation présente le grand avantage qu'elle peut, contrairement au rôle joué par le tribunal, situer la question du retour de l'enfant enlevé dans le contexte global de la relation entre l'enfant et ses parents, y compris la réglementation du droit de garde et de l'aménagement de la vie familiale pour l'avenir. L'expérience montre que le retour de l'enfant ne résout pas le conflit familial, et que tel qu'il est prévu dans la Convention, il ne peut d'ailleurs pas le résoudre. Seul un aspect particulier est réglé dont la charge émotionnelle perdure encore quand bien même la question du droit de garde aura été décidée.

Dans les cas où l'autorité centrale n'a pas déjà entamé une telle tentative de règlement du litige, celle-ci devra être initiée par le tribunal (art. 8 al. 1 LF-EEA). Dans la pratique à venir, il semble bien que l'autorité fédérale invoquera trop souvent le pouvoir discrétionnaire qu'elle croit lire dans la « Kann-vorschrift » de l'article 4, alinéa 1 LF-EEA, pour ne pas entamer à sa propre initiative une procédure de conciliation ou de médiation. Cependant, pour conserver l'effet utile de cette disposition, une telle renonciation devrait constituer l'exception. En transmettant le dossier au juge sans avoir tenté d'aboutir à un règlement pacifique du différend, l'autorité centrale fédérale choisirait d'aggraver le conflit, alors que la Convention l'oblige à le régler prioritairement à l'amiable, dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit déterminer l'action des autorités en général (art. 3 CDE).

Même saisi de la demande de retour, le tribunal ne doit pas conduire lui-même la procédure de conciliation ou de médiation. Le tribunal peut confier cette tâche à des tiers, en particulier aux experts réunis dans le réseau fondé sur l'article 3 LF-EEA.

Les cantons devront se déterminer sur les procédures à retenir, le cas échéant par la création de nouvelles règles. Dans le canton de Genève, l'expérience de la médiation civile²⁴ serait à évaluer et son application aux cas d'enlèvement étudiée. Il conviendra de procéder avec la souplesse nécessaire, sachant que de toute manière, les dispositions et l'objectif de la LF-EEA doivent l'emporter et ne peuvent être contrariés par des règles cantonales qui pourraient s'avérer trop rigides.

Le choix d'une procédure de conciliation ou de médiation est opéré en tenant compte des circonstances concrètes et en consultant les parties. En principe, la médiation se déroule dans un cadre confidentiel, également à l'égard du tribunal, et les avis exprimés par les parties ne peuvent pas être pris en considération dans la procédure judiciaire, sauf si les parties conviennent que le rapport du médiateur au tribunal puisse révéler de tels renseignements.

2. *La participation des deux parents*

L'expérience pratique faite avec des cas d'enlèvement d'enfant démontre qu'il est particulièrement important de maintenir et de protéger le contact des deux parents avec l'enfant même pendant la période critique qui suit l'enlèvement. Les deux parents doivent participer, dans la mesure du possible, à la procédure de conciliation ou de médiation de même qu'à la procédure décisionnelle. L'expérience montre qu'il est souvent possible de réduire les tensions et de trouver même des solutions à l'amiable grâce aux contacts personnels. C'est pourquoi l'article 4, alinéa 2 LF-EEA prévoit qu'au premier stade dirigé par l'autorité centrale déjà, celle-ci incite toutes les personnes concernées à participer à une procédure de conciliation ou de médiation.

²⁴ Cf. art. 71A-71J LPC (E 3 05), art. 161A-161F LOJ (E 2 05).

tion. Cela concerne non seulement le ravisseur et l'enfant, mais surtout le parent lésé. Celui-ci doit être sollicité à se déplacer en Suisse afin d'assister à une telle tentative. Le cas échéant, une aide pourra lui être fournie, telle une contribution aux frais de voyage. Il ne faut pas craindre les efforts visant à surmonter les obstacles financiers, temporels et géographiques au regard de la perspective souvent très réelle d'une entente²⁵.

Au-delà de l'implication des deux parents dans la recherche d'une solution au litige, la *continuation des relations familiales* peut aider à réduire des tensions et à favoriser la compréhension pour la situation de chacune des personnes touchées. On facilite ainsi indirectement une future solution basée sur une conciliation. Dans les cas où le retour paraît problématique, on peut aider le parent vivant dans l'Etat de la résidence antérieure de l'enfant à accepter que l'enfant ne soit pas retourné en lui offrant un droit de visite approprié. D'autre part, le parent auteur de l'enlèvement qui reste en Suisse aura moins de soucis à se faire si son droit de visite dans l'Etat de retour est assuré. Le droit de visite doit être compris dans un sens très large. Toutes les possibilités doivent être utilisées, y compris les moyens de communication sur de longues distances, en faisant intervenir également les intermédiaires et experts disponibles.

Pour prendre toutes les *mesures* utiles, l'article 7, alinéa 1 LF-EEA prévoit la compétence du même tribunal que celui saisi de la demande de retour. Cela comprend le règlement des *relations personnelles* (art. 6, al. 1 LF-EEA). La concentration de compétence va aussi loin que de prévoir que le même tribunal cantonal unique, susceptible d'être saisi de la demande de retour, peut être sollicité « quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui » (art. 6, al. 2 LF-EEA). Cela doit surtout servir à mettre en place la représentation de l'enfant et d'autres mesures de protection de l'enfant. Le tribunal peut être saisi par l'une des parties, mais aussi par l'autorité centrale fédérale.

C. *La procédure devant le juge*

Le tribunal cantonal saisi de la demande de retour peut *transférer* la cause au tribunal d'un autre canton, conformément à l'article 7, alinéa 2 LF-EEA. Cette possibilité, nouvelle en procédure civile suisse, peut s'appliquer, par exemple, pour tenir compte du déplacement de la résidence de l'enfant. Elle doit permettre également au tribunal saisi de se décharger du dossier s'il ne dispose pas de l'expérience nécessaire et préfère saisir le tribunal d'un canton voisin qui a déjà traité de tels cas. Afin d'éviter des contestations procédurales, l'accord des parties et du tribunal requis sont nécessaires.

Le tribunal cantonal saisi de la demande doit commencer, en vertu de l'article 8, alinéa 1 LF-EEA par engager une procédure de conciliation ou de médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, sauf dans les cas où une telle tentative a déjà été entreprise par l'autorité centrale, le juge estimant qu'un second essai n'offrant pas la chance d'une issue positive. En cas d'échec, le tribunal doit *statuer* (art. 8, al. 2 LF-EEA). Il doit informer l'autorité centrale des principales étapes de la procédure, même si la demande n'a pas été soumise à celle-ci (art. 8, al. 3 LF-EEA).

Le tribunal applique en principe les règles de la *procédure sommaire*. Celle-ci étant normalement fondée sur une instruction purement écrite, la loi prévoit des aménagements pour les

²⁵ Si de tels obstacles s'avèrent trop importants, on peut toujours songer à une *co-médiation* à distance impliquant la coopération de médiateurs établis dans l'Etat de provenance et en Suisse.

situations particulières des enlèvements d'enfants. Selon l'article 9, alinéa 1, le tribunal *entend les parties en personne*, "dans la mesure du possible". Ce dernier élément vise la présence du parent lésé, celle-ci étant susceptible de donner au juge une information complète sur le conflit, notamment lorsque le motif d'opposition de l'article 13, alinéa 1, lettre b CLaH 80 est invoqué. Des mesures doivent être prises pour faciliter au parent lésé le déplacement en Suisse. De surcroît, il convient d'arranger la procédure de telle manière que le parent requérant, s'il doit venir de loin, ne doit si possible pas se déplacer plus qu'une seule fois. S'il était déjà venu pour assister à une première tentative de médiation, il faudra que, en cas d'échec, la procédure judiciaire soit aménagée de telle sorte que l'audition par le juge puisse s'enchaîner immédiatement. Cela implique notamment le report de l'échange d'écritures²⁶.

Une règle distincte requiert l'*audition* de l'enfant si son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas (art. 9 al. 2 LF-EEA). Cette disposition correspond à l'article 144, alinéa 2 CC. Toutefois, la proximité des textes ne doit pas voiler le fait que l'audition de l'enfant requiert en cas d'enlèvement des exigences particulières, notamment au vu de quelques jurisprudences récentes. Le Tribunal fédéral estime en effet que l'enfant doit être informé des particularités de la procédure de retour, qui n'a pas pour objet de trancher le litige sur la garde et l'autorité parentale (cf. art. 16 CLaH 80), si bien que l'on ne saurait se contenter de réponses sur les préférences de l'enfant quant au parent avec lequel il souhaite vivre à l'avenir²⁷. Ces exigences sont irréalistes et excessives, mais telles qu'elles sont posées, on ne peut les ignorer. Cela doit se répercuter sur la pratique suivie dans certains cantons, à Genève notamment, de confier l'audition des enfants quasi systématiquement aux services administratifs de protection de l'enfance, ce qui est déjà contestable au seul plan de droit civil²⁸. Pour les procès d'enlèvement, une telle délégation est très problématique au regard des exigences de la jurisprudence, étant donné le manque manifeste de formation des services sollicités sur les spécificités des conflits soulevés en cas d'enlèvement d'enfant. On observera cependant que, même sans aller aussi loin que le Tribunal fédéral, l'audition en cas d'enlèvement présente des difficultés particulières qui requièrent des compétences affirmées.

Une innovation est introduite à l'article 9, alinéa 3 LF-EEA, qui exige du juge d'ordonner la *représentation* de l'enfant si cela n'a pas déjà été fait. L'enfant est alors partie au procès. Dans la pratique suisse en matière de divorce, une telle mesure est laissée à la discrétion des juges et dès lors prise très rarement. Il fallait donc prévoir qu'elle soit ordonnée d'office dans les cas d'enlèvement, qui sont souvent délicats et complexes, concernant un enfant particulièrement vulnérable²⁹. La représentation de l'enfant étant ainsi « incontournable », au plus tard devant le juge, il est d'autant plus important de l'ordonner à un stade avancé déjà, comme le prévoit l'article 6, alinéa 2 LF-EEA, afin de ne pas retarder la procédure, motif souvent invo-

²⁶ Cf., également, le Message, FF 2007 p. 2466.

²⁷ Cf. ATF 131 III 334 ss, 338-343, obs. Bucher, AJP 2005 p. 549 s., RSDIE 2005 p. 421-424; ATF 133 III 146 ss, obs. Bucher, AJP 2007 p. 524-528, RSDIE 2007 p. 362-366; ATF 134 III 88 ss, obs. Bucher, AJP 2008 p. 482-484.

²⁸ Cf. les arrêts, pas toujours cohérents : ATF 127 III 295 ss, 297 ; 133 III 553 ss, 554 ; ATF 28.1.2008, 5A_735/2007, c. 2 ; 24.1.2008, 5A_536/2007, c. 2.1 ; et A. Bucher, Internationales Scheidungsrecht in der Praxis, in : Vierte Schweizer Familienrechtstage 2008, Berne 2008, p. 33-76 (67 s.).

²⁹ La difficulté pratique consiste à trouver des avocats et curateurs qui disposent non seulement des connaissances spécialisées et linguistiques nécessaires, mais qui seront également en mesure d'apprécier la situation de l'enfant et de son intérêt de manière autonome, sans être influencés par les parents et leurs conseils.

qué dans le passé pour renoncer à une telle nomination. L'autorité centrale devra prendre l'initiative d'une telle démarche, si aucun des parents ne l'a pas déjà fait.³⁰

Conformément à l'article 10 LF-EEA, le tribunal collabore autant que nécessaire avec les autorités de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement (al. 1). Il vérifie en particulier si et de quelle manière il est possible d'exécuter la décision ordonnant le retour de l'enfant dans l'Etat de provenance (al. 2). On aurait pu souhaiter une réglementation plus concrète et détaillée de cette collaboration. L'essentiel est cependant assuré, en ce sens que le tribunal dispose d'une large autonomie afin d'obtenir la coopération des autorités de l'ancien pays de résidence de l'enfant afin d'assurer sa sécurité et son bien être en cas de retour. Le tribunal peut sur cette base ordonner des mesures d'assistance en vue du retour, le cas échéant en exigeant leur acceptation préalable par les autorités locales. Cela peut comprendre des mesures assurant au ravisseur des droits de contact et de visite avec l'enfant dès son retour. Sur la base des informations reçues de la part des autorités du pays de provenance de l'enfant, le tribunal disposera notamment d'une information complète en vue de l'examen du motif de refus de l'article 13, alinéa 1, lettre b CLaH 80.

Ainsi, le cas peut se produire que la préparation du retour de l'enfant et la disponibilité des autorités locales d'intervenir en appui rend caduc le motif de refus au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b) CLaH 80³¹. D'autre part, le manque de volonté d'aider de la part du demandeur et des autorités sollicitées peut amener le tribunal suisse à décider que le retour est intolérable pour l'enfant, faute d'un appui local suffisant. Un retour non ou insuffisamment préparé peut placer l'enfant dans une situation tout aussi intolérable que l'enlèvement lui-même. La séparation du parent auteur de l'enlèvement, le manque de disponibilité du parent qui se trouve dans l'Etat de provenance de pouvoir héberger et prendre en charge l'enfant (y compris le logement et l'entretien) et la réceptivité défaillante du côté des services sociaux locaux et des autorités scolaires représentent des éléments qui peuvent porter gravement atteinte à l'intérêt de l'enfant. Les autorités et tribunaux suisses ne sauraient passer à côté de ces aspects.

D. L'exécution des décisions de retour

Une fois que la décision ordonnant le retour de l'enfant est devenue définitive, son exécution peut avoir lieu partout en Suisse (art. 11, al. 2 LF-EEA). Il ne devrait donc plus être possible de changer de domicile pour ensuite introduire dans un autre canton une procédure concernant l'exécution et d'obtenir un jugement privant la décision de retour de tous ses effets. Pour y parvenir, il faut cependant que les *modalités d'exécution* soient déjà fixées dans la décision de retour, comme le prescrit l'article 11, alinéa 1 LF-EEA. Cette pratique n'a été suivie dans le passé trop rarement, malgré les conseils qui lui étaient favorables³².

³⁰ La désignation d'un représentant ou curateur de l'enfant est une mesure individuelle à ordonner par le juge dans chaque cas particulier. Cette nomination ne peut être confiée à un service de l'administration, par le biais d'une loi, d'un règlement ou d'une directive administrative. Il est également inconcevable de confier le rôle de représentant de l'enfant et celui de responsable de la conduite de l'audition de l'enfant, fonction auxiliaire du juge, au même service ou à la même personne.

³¹ C'est ce que prévoit expressément le Règlement Bruxelles II^{bis}, en empêchant l'autorité judiciaire de refuser le retour en vertu de cette disposition si "des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour" (art. 11 al. 4). L'article 10 LF-EEA offre davantage de flexibilité.

³² Cf. Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002

Dans les quelques cas dramatiques survenus récemment, la mise en œuvre de l'exécution d'une décision de retour a échoué à la suite de la forte résistance de la mère et en partie également de l'enfant, ou elle a été pour le moins sensiblement retardée de ce fait. En principe, la mise en œuvre de l'exécution peut impliquer le recours à la *contrainte*. Si l'exécution devait régulièrement échouer à cause de la résistance des personnes concernées, la décision de retour serait sans effet et la Convention privée de sens. Les autorités d'exécution doivent néanmoins respecter comme limite le fait qu'il ne faut pas infliger une souffrance à l'enfant qui porte une atteinte sérieuse à son équilibre physique et psychique. Le principe figurant à l'article 13, alinéa 1, lettre b) CLaH 80, selon lequel l'enfant ne doit pas être exposé à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière placé dans une situation intolérable, s'applique également ici. Des mesures d'exécution traumatisantes qui chargent l'enfant lourdement à long terme ne doivent pas être prises. Cela concerne par exemple l'utilisation de la force sur la personne de l'enfant (coups ou autres châtiments corporels, enfermement, médicaments ayant pour effet d'anéantir conscience et volonté), le refus de pouvoir faire ses adieux à l'égard du parent resté en Suisse³³, l'absence de prise en charge et d'un accompagnement par du personnel formé dans la psychologie d'enfant pour les soins à donner à l'enfant dans des situations aussi extrêmes et lourdes à porter. Le critère de l'intérêt de l'enfant est également éreinté démesurément lorsque l'enfant est arraché de son milieu d'une manière qui ne repose sur aucun véritable intérêt, par exemple lorsque l'enfant est sorti de l'école peu avant la fin de l'année scolaire³⁴ ou lorsque l'enfant est privé de contact avec sa mère pour une plus longue durée bien qu'il eût été possible que les deux vivent ensemble sous la surveillance d'une autorité. La loi prévoit dès lors que l'intérêt de l'enfant doit servir de ligne directrice même dans ces situations extrêmement difficiles (art. 12, al. 2 LF-EEA).

Dans le même esprit, l'autorité doit s'efforcer d'obtenir *l'exécution volontaire* de la décision (art. 12, al. 2 LF-EEA). Même si des tentatives de conciliation et de médiation avaient échoué avant et pendant la procédure judiciaire, l'expérience pratique montre que les parents se rapprochent parfois après la prise de la décision de retour et trouvent une solution correspondant à leurs intérêts et à l'intérêt de l'enfant. S'il existe des chances d'une entente à l'amiable, il faut tout faire pour y parvenir.

La décision ordonnant le retour d'un enfant enlevé ne revêt pas un caractère définitif. Elle est comparable, à plusieurs égards, à une mesure de protection des mineurs. S'il n'y a pas d'exécution immédiate (volontaire ou forcée), une situation peut se produire au fil du temps qui exige le réexamen de la problématique du retour et des motifs de refus qui y sont liés. Ce réexamen doit certainement intervenir lorsque l'enfant a atteint entre-temps un âge et une maturité qui rendent obligatoire que son refus du retour soit dorénavant pris en considération au sens de l'article 13, alinéa 2 CLaH 80. Si une *modification essentielle* de la situation réelle de la famille s'est produite qui s'avère visiblement relevante en vue de l'appréciation du retour, la Convention permet un réexamen pour autant que ce dernier ne dépasse pas les motifs de refus prévus par la Convention.

p. 1325-1339 (1338); Sonja Hauser/David Urwyler, Kindesentführungen, in: Rechtshilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs, Berne 2004, p. 55-80 (76 s.).

³³ Intervention Vermot-Mangold du 13.6.2005, BO CN 2005 p. 782.

³⁴ ATF 131 III 334 ss, 343 s.

La pratique suisse connaît des exemples dans lesquelles la situation du parent requérant s'est profondément modifiée après que le retour de l'enfant a été ordonné, de sorte que le retour de l'enfant se présentait soudainement dans une autre perspective, incluant des hypothèses qui auraient alors permises d'accueillir des objections fondées sur l'article 13, alinéa 1, lettre b) CLaH 80. Il peut aussi arriver que l'autorité compétente de l'Etat de provenance a entre temps décidé de placer l'enfant sous la garde exclusive du parent ravisseur, de sorte que la décision ordonnant le retour, toujours valable, n'a plus aucun sens.

L'article 13 LF-EEA prévoit dès lors que le tribunal peut, sur requête, modifier la décision ordonnant le retour de l'enfant lorsque les circonstances qui s'y opposent, sous l'angle des objections admises par la Convention, ont changé de manière déterminante. Dans une telle hypothèse, il est mis fin à la procédure d'exécution. Le changement de situation doit cependant être significatif. Il n'y a pas lieu de donner suite à des tentatives consistant simplement à revenir sur la procédure qui a déjà eu lieu. On doit cependant également songer à des cas dans lesquels un changement de circonstances requiert une modification des modalités d'exécution, tel le report de la date fixée pour le départ de l'enfant.

Cependant, une fois que la pratique aura bien absorbé toutes les modalités favorisant la rapidité et l'efficacité des procédures en cas d'enlèvement, de telles situations devraient devenir de plus en plus rares.

III. Mesures préventives de protection

Des conflits familiaux transfrontaliers comportent assez souvent le risque qu'un parent ne résiste que difficilement à la tentation d'enlever l'enfant vers un autre pays ou de ne plus le ramener après l'exercice normal du droit de visite pendant la période de vacances. La lutte contre les enlèvements d'enfants ne peut pas seulement consister en le rapatriement d'enfants enlevés, elle doit également viser à empêcher de tels comportements avant qu'un parent ne passe à l'acte.

Parmi les mesures préventives de protection usuelles dans la pratique, on compte notamment :

- l'engagement du parent concerné de s'annoncer régulièrement avec l'enfant auprès du service désigné;
- l'interdiction de quitter le pays en combinaison avec le dépôt des pièces d'identité;
- le refus de délivrer un acte de naissance;
- l'institution d'une curatelle d'accompagnement de l'exercice du droit de visite;
- le retrait passager ou durable du droit de garde ou du droit aux relations personnelles.

On ne demande que rarement la preuve que le droit de garde du parent qui reste en Suisse soit reconnu et, le cas échéant, exécuté dans l'Etat étranger vers lequel l'enfant devra être déplacé. Une énumération plus détaillée des mesures possibles figure d'ailleurs à l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe du 3 mai 2002 sur les relations personnelles avec des enfants.³⁵

³⁵ Cf., par ailleurs, Conférence de La Haye de droit international privé, Guide de bonnes pratiques, vol. III: Mesures préventives (2005).

La pratique n'offre pas de réponse uniforme à la question de savoir quelle doit être la nature et l'intensité du risque d'enlèvement pour que les autorités se voient obligées de prendre des mesures de protection. Le risque d'un enlèvement ne doit pas être sous-estimé dans une famille de composition multiculturelle, en particulier lorsque les relations entre les parents sont assez conflictuelles et que l'enfant n'est pas tenu éloigné du conflit. Une précaution particulière est de mise si l'enfant pourrait être amené dans un pays qui n'a pas ratifié la Convention de La Haye ou dont il est connu qu'il n'applique que rarement cette Convention de manière correcte.

Il faut aussi recommander aux tribunaux de divorce suisses de veiller davantage à ce que l'exercice du droit de garde en commun par les deux parents exige des règles d'accompagnement ou des mesures pour le cas où le premier responsable de la prise en charge quittera la Suisse après le divorce avec l'enfant ou pourrait le faire assez probablement. Il faudrait faire usage plus souvent de la possibilité de thématiser le départ d'un parent avec l'enfant et de le faire dépendre de l'accord de l'autre parent ou du juge. La médiation offre un espace pour ce faire et pour trouver des solutions individuelles taillées sur mesure pour ce qui est de l'aménagement de la garde et de l'exercice du droit de visite.

Sur ce plan, la pratique actuelle n'est pas satisfaisante, car elle renonce à anticiper les difficultés qui vont surgir à l'occasion de déplacements futurs des parents. Le cadre législatif n'est cependant pas satisfaisant non plus. En l'état du droit, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents divorcés est soumis à l'exigence de la ratification par le juge d'une convention qui détermine notamment la participation de chacun à la prise en charge de l'enfant (art. 133, al. 3 CC), que l'on appelle la "garde de fait". Par contre le "droit de garde", composante fondamentale de l'autorité parentale, n'est pas considérée comme une partie d'un tel accord conventionnel.

Cette approche ne repose toutefois sur aucune contrainte légale. Elle ne semble pas avoir été consacrée véritablement par la jurisprudence. Dans la littérature juridique, on se borne le plus souvent à constater que l'accord des parents divorcés sur l'autorité parentale commune implique le partage en commun du droit de garde ; il n'y aurait pas lieu, dès lors, d'inclure dans la convention des dispositions sur le droit de garde, ni sur les relations personnelles, mais tout au plus des règles sur la répartition de la prise en charge et l'exercice de la garde de fait sur l'enfant.³⁶

L'Avant-projet de révision du Code civil en matière d'autorité parentale, qui tend à ce que celle-ci soit en principe attribuée aux parents conjointement, ne modifie pas cette présentation de la situation³⁷. Selon le rapport soumis à la procédure de consultation par le Département fédéral de justice et police en janvier 2009 (p. 21), « l'autorité parentale conjointe inclut le droit de garde en commun », les modalités de répartition à convenir en cas de vie séparée des parents portant uniquement sur la « garde de fait » (« tatsächliche Obhut »).

³⁶ Cf. Linus Cantieni, *Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung*, Berne 2007, p. 101, 108 s.; Thomas Sutter / Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zurich 1999, art. 133 n° 46; Annatina Wirz, *FamKommentar, Scheidung*, Berne 2005 ad Art. 133 n° 31, 33a ; Peter Breitschmid, *Zivilgesetzbuch I*, 3^{ème} éd., commentaire bâlois, 2006, art. 133 n° 21; Yvette Daoudi Beuchat, *La protection des enfants sous les auspices du nouveau droit du divorce, Législation et pratique dans le canton de Genève*, RDT 1999 p. 156 ss, 158.

³⁷ La Commission fédérale d'experts ayant préparé la LF-EEA a formulé des propositions, s'inspirant d'ailleurs de la Convention européenne de 2003. Il n'en a été tenu aucun compte.

Cependant, si des parents peuvent conclure une convention portant sur l'autorité parentale, l'on ne voit pas les raisons pour lesquelles l'accord ne pourrait pas aussi porter sur le droit de garde attribué à l'un des parents seulement. Dans le cas de l'autorité parentale exercée conjointement, le traitement différencié de la garde de fait et du droit de garde peut conduire à des impasses, en particulier dans le contexte de l'enlèvement d'enfants. Pour éviter des complications inutiles et des malentendus, il serait préférable de s'en tenir au générique tel qu'il figure notamment aux articles 273, alinéa 1, 275, alinéa 2, et 276, alinéa 2 CC, dispositions dans lesquelles le législateur parle tout simplement de *la garde*³⁸. Cette solution paraît d'autant plus appropriée qu'en droit international privé, garde de fait et garde de droit ne font qu'un, raison pour laquelle les conventions internationales n'utilisent que le concept du *droit de garde* allant jusqu'à ignorer celui de la garde de fait.

La généralisation de l'autorité parentale conjointe, qui répond à un besoin largement manifesté et soutenu, ne devrait dès lors pas empêcher la possibilité d'une répartition différenciée du droit de garde, dans la perspective d'éviter par anticipation des conflits surgissant à l'avenir dès que le parent assurant la prise en charge de l'enfant, de par sa libre volonté ou en raison de contraintes professionnelles ou familiales, entend déplacer sa résidence, en Suisse ou à l'étranger.

³⁸ *Mutatis mutandis*, cela vaut également pour l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents non mariés, le texte de l'art. 298a, al. 1 CC étant calqué sur celui de l'art. 133, al. 3 CC.