

*Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement
Eidgenössische Experten-Kommission über den Kinderschutz bei Kindesentführungen
Commissione federale d'esperti per la protezione dei minori in caso di rapimento*

Rapport final

le 6 décembre 2005

Composition et mission de la commission

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) a institué par décision du 10 mars 2005 une commission d'experts chargée de répondre, à l'intention du chef du DFJP, aux questions posées par le postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004 (04.3367 – Protection des enfants en cas d'enlèvement par un parent) et de formuler des propositions visant à améliorer au plan législatif et pratique le traitement de cas d'enlèvement international d'enfants en évaluant en particulier les possibilités d'appliquer les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02) selon un mode mieux adapté aux enfants.

Ont été nommés membres de la commission Monsieur le professeur Andreas Bucher, dr. en droit (président), professeur de droit international privé à l'Université de Genève, Monsieur le professeur Christoph Häfeli, secrétaire de la Conférence cantonale des autorités de tutelle (CAT), Monsieur le Juge fédéral Niccolò Raselli, président de la II^e Cour civile du Tribunal fédéral, Madame Marianne Galli-Widmer, avocate et médiatrice familiale, membre du comité de la Fédération Suisse des Associations de Médiation SDM-FSM, et Monsieur Heinrich Nufer, dr. en lettres, pédagogue et psychologue pour enfants. Sur proposition de Monsieur Markus Notter, Conseiller d'Etat du canton de Zurich, le DFJP a nommé par décision du 3 juin 2005 un membre supplémentaire de la commission en la personne de Madame Annegret Katzenstein-Meier, Juge au Tribunal cantonal, présidente de la Chambre d'accusation du Tribunal cantonal zurichois.

La commission s'est réunie à plusieurs reprises, soit les 31 mai, 15 août, 14 septembre, 24 et 25 octobre, 22 novembre et 6 décembre 2005. La commission a invité Madame Monique Jametti Greiner, dr en droit, avocate, vice-directrice de l'Office fédéral de la justice, et Monsieur David Urwyler, chef du Service de protection internationale des enfants, à la plupart de ses séances.

Le 22 novembre 2005, la commission a procédé à un échange d'idées avec des milieux particulièrement intéressés. Les personnes suivantes y ont assisté: Monsieur le Conseiller fédéral Chr. Blocher, M^{mes} les Conseillères nationales V. Hubmann, L. Meier-Schatz, R. G. Vermot-Mangold, M. le Conseiller national U. Siegrist, MM. les Professeurs A. Bonomi (Lausanne), P. Breitschmied (Zurich), P. Pichonnaz (Fribourg), I. Schwander (St-Gall), J. Zermatten (Sion), ainsi que M^{me} L. Hurni-Caille (Défense des Enfants - International), M^{me} A. Hausheer (Secrétariat central pour les familles - mères et pères - monoparentales) et M. R. Widmer (Service social international). Le 21 novembre 2005, le président de la commission a rencontré M^{me} la Conseillère nationale D. Leuthard.

La commission a tenu compte de toutes les interventions parlementaires déposées ces dernières années, soit:

04.3367 Postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004 (Protection des enfants en cas d'enlèvement par un parent), adopté par le Conseil fédéral le 24 septembre 2004 et par le Conseil national le 17 décembre 2004¹;

03.3214 Motion Vermot-Mangold du 7 mai 2003 (Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Protection des enfants); proposition du Conseil fédéral du 19 septembre 2003 de transformer la motion en postulat; acceptée par le Conseil national sous forme de postulat le 13 juin 2005²;

¹ BO CN 2004 p. 2173, Annexes, p. 200.

² BO CN 2005 p. 782, Annexes, p. 56.

03.3208 Interpellation Hubmann du 7 mai 2003 (Protection des enfants), réponse du Conseil fédéral du 9 septembre 2003, discussion au Conseil national le 13 juin 2005, interpellation liquidée³;

03.3235 Motion Leuthard du 8 mai 2003 (Bien de l'enfant, Adapter la Convention de La Haye), adoptée par le Conseil national (3.10.2003) et par le Conseil des Etats (3.3.2004)⁴.

La Commission a également pris connaissance d'interventions parlementaires plus anciennes, réputées liquidées (85.579, Interpellation Fankhauser, Enlèvement d'enfants; 98.3122, Interpellation Aeppli Wartmann, Enlèvement d'enfants; 98.3672, Motion Aeppli Wartmann, Combattre les raptus d'enfants).

La Fondation suisse du Service social international a mis à disposition de la commission un rapport détaillé portant sur les cas d'enlèvement international d'enfants et sur les expériences faites par le Service social. Son directeur, Monsieur Rolf Widmer, a été entendu lors de la séance du 25 octobre 2005.

Conformément au mandat de la commission, les réponses et propositions se divisent en trois parties:

- I. Réponses aux questions posées par le postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004
- II. Projet de loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants
- III. Propositions pour une adaptation de la Convention de La Haye de 1980

A la suite de ces parties approuvées par la commission, on trouvera le rapport complémentaire du président de la commission qui a servi de base de travail à la commission sans avoir été formellement approuvé par elle.

Bref résumé des réponses et propositions

Réponses aux questions posées par le postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004

Le principe du retour d'enfants enlevés illégalement représente l'élément principal de la Convention de La Haye de 1980. Il est accepté et appliqué aujourd'hui par plus de 70 Etats. Au niveau des relations internationales, il ne devrait pas être possible qu'un parent se procure un avantage en enlevant l'enfant commun à l'autre parent et en le déplaçant de l'Etat de la résidence commune de la famille dans un autre Etat dans l'espoir d'y obtenir une réglementation plus favorable du droit de garde. La commission part du principe que la Convention de La Haye représente une contribution essentielle à la *lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants* qu'il faut maintenir également à l'avenir. Cette position est également exigée par les articles 11 CF, 11 CDE et 8 CEDH.

Le rôle de l'*Autorité centrale suisse* est fixé comme celui de toutes les autorités centrales étrangères en premier lieu par la Convention de La Haye elle-même. En principe, l'Autorité centrale assume toutes les tâches d'information, transmission, organisation et assistance en vue de la résolu-

³ BO CN 2005 p. 781, Annexes, p. 44.

⁴ BO CN 2003 p. 1723, Annexes, p. 442 ; BO CE 2004 p. 37.

tion de cas d'enlèvement d'enfant. Ses activités sont suffisamment déterminées au plan juridique et précisées au moyen de la documentation interne en vue de la mise en œuvre pratique. L'Autorité centrale est à la disposition des tribunaux suisses pour fournir renseignements et assistance, en particulier afin d'obtenir des renseignements de l'Etat de provenance ou de faciliter la collaboration avec les autorités locales. Des améliorations sont possibles et seront proposées par la commission.

Propositions en vue du traitement de cas d'enlèvement international d'enfants

1. *Raccourcissement et accélération de la procédure*

Des demandes de retour d'enfants enlevés devraient être traitées dans chaque canton par une instance unique. Le recours au Tribunal fédéral est maintenu. Tous les cantons devraient disposer d'une procédure simple et accélérée.

2. *Appréciation et représentation des intérêts de l'enfant au cours de la procédure*

La procédure de décision judiciaire doit être précédée d'une phase de recherche d'un règlement du litige à l'amiable. L'Autorité centrale et les tribunaux devraient recourir à des experts non juristes. L'Autorité centrale se charge, en collaboration avec les cantons, de la mise en place d'un réseau d'experts et d'institutions disponibles. L'enfant doit être entendu et il faut lui désigner un curateur.

3. *Appréciation des demandes de retour d'une manière plus adaptée à l'enfant*

L'application de la Convention d'une façon mieux adaptée aux besoins de l'enfant, telle qu'elle est demandée dans plusieurs interventions parlementaires, peut être favorisée, d'une part, en associant davantage l'enfant ou son curateur à la procédure et, d'autre part, en mettant un accent plus marqué sur les efforts de conciliation et de médiation tout en recourant, dans la mesure du possible, également aux connaissances interdisciplinaires.

La commission propose par ailleurs de préciser l'application de la Convention de La Haye dans ce sens que le tribunal doit vérifier la situation dans laquelle se retrouvera l'enfant lors de son retour. Lorsque l'enfant ne peut pas être confié au parent qui est resté dans l'Etat de provenance, il y a lieu d'élucider si le parent auteur de l'enlèvement peut accompagner l'enfant ou si on peut l'attendre de sa part. Lors de la décision portant sur le retour, il faut prendre en considération le fait qu'une séparation des deux parents liée à un placement auprès de tiers représente souvent un danger considérable pour l'enfant.

4. *Exécution de la décision de retour*

A l'avenir, la décision de retour devra régler également les modalités d'exécution et être exécutoire dans toute la Suisse. L'exécution doit s'opérer si possible d'une commune entente et ne saurait blesser l'enfant d'une manière inadmissible.

5. *Mesures de protection préventives*

Le risque d'un enlèvement d'enfant devrait être thématiquement et réglé davantage dans la pratique, en particulier dans le contexte des divorces.

La commission propose une *loi fédérale sur les enlèvements d'enfants*. Ce projet est inséré (versions française, allemande et italienne) en deuxième partie du présent rapport, suivi des commentaires relatifs aux différents articles.

Dans la troisième partie, la commission formule par ailleurs des propositions susceptibles d'être présentées par la Suisse à la Conférence de La Haye qui concrétisent la motion Leuthard du 8 mai 2003 (03.3235 – Bien de l'enfant, Adapter la Convention de La Haye).

La commission salue l'intention de la Confédération de ratifier la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 sur la compétence, le droit applicable, la reconnaissance, l'exécution et la collaboration dans le domaine de la responsabilité parentale et des mesures de protection des mineurs.

I. Réponses aux questions posées par le postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004

1. *A quelles situations critiques est-on confronté - quand il s'agit de prendre des décisions - en ce qui concerne tous les rapatriements d'enfants à partir de la Suisse et toutes les demandes de rapatriement qui sont rejetées, à plus forte raison depuis le 1er janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale? Quels effets concrets les décisions prises ont-elles eues sur le développement des enfants concernés qui ont été rapatriés de gré ou de force?*
- a) Des situations critiques au niveau des décisions se présentent presque sans exception dans les cas de rapatriement non volontaire. S'il s'agit d'un enlèvement considéré comme illicite au regard de la Convention de La Haye parce que le droit de garde du parent resté dans l'Etat de provenance de l'enfant a été violé, l'enfant doit en principe être reconduit dans cet Etat. S'il n'a pas lieu de plein gré, le retour ordonné par une autorité représente en général une charge tant pour le parent auteur de l'enlèvement que pour l'enfant. En vertu de la Convention de La Haye, on peut renoncer au retour que dans des cas strictement limités, en particulier lorsqu'il en résulterait une situation intolérable pour l'enfant.
- b) Le principe du retour des enfants enlevés illégalement représente l'élément porteur de la Convention de La Haye. Il est accepté et appliqué aujourd'hui par plus de 70 Etats. On ne saurait admettre au niveau des relations internationales qu'un parent se procure un avantage en enlevant l'enfant commun à l'autre parent en le transférant de l'Etat de la résidence commune de la famille dans un autre Etat (souvent très éloigné). Cet avantage peut résider dans le fait que le parent (marié, divorcé ou célibataire) ravisseur veut s'assurer l'accès (si possible) exclusif à l'enfant en escomptant que les tribunaux de l'Etat dans lequel l'enfant a été transféré auront une attitude plus positive à l'égard d'une nouvelle attribution du droit de garde en faveur de l'auteur de l'enlèvement que tel serait le cas dans le pays de provenance. Les deux objectifs ne méritent aucune protection juridique et doivent être empêchés.
- c) Il est impossible d'éviter certains cas de rigueur lors de l'application de la Convention. La commission est chargée d'examiner les moyens pratiques de trouver, en ayant recours au législateur, des voies rendant les conséquences d'enlèvements d'enfants aussi supportables que possible pour les enfants. La commission part du principe que la Convention de La Haye représente une contribution essentielle à la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants et qu'il faut continuer à l'appliquer. Une dénonciation de cet instrument important dans le domaine des enlèvements d'enfants aurait principalement pour conséquence que la Suisse ne pourrait plus compter sur le soutien garanti par un traité international lors du retour de l'enfant auprès du parent qui vit ici lorsque des enfants d'ici sont enlevés et emmenés à l'étranger. Une autre conséquence en serait que les tribunaux étrangers n'accorderaient plus de droits de visite en faveur du parent vivant en Suisse, si ces droits devaient impliquer le transfert même passager de l'enfant en Suisse, puisqu'il n'existerait pas, à défaut d'un traité international, de garantie pour le retour de l'enfant qui y serait retenu illicitement.
- d) Le renvoi à la nouvelle Constitution fédérale (CF), figurant dans la première partie de la question, soulève la question de savoir si certaines dispositions de la CF, en particulier l'article 11 ainsi que les articles 13 et 14 CF, pourraient avoir pour effet que les situations décisionnelles qui se présentent dans le contexte des enlèvements d'enfants pourraient devenir moins critiques.

aa) Le droit international l'emporte sur le droit interne, y compris le droit constitutionnel (art. 191 CF; art. 1^{er}, al. 2, LDIP). De ce fait, l'entrée en vigueur de la CF ne pouvait pas se répercuter sur l'application de la Convention de La Haye. Ceci n'exclut pas que les nouvelles valeurs inscrites dans la CF, comme on les retrouve avant tout à l'article 11 CF, soient prises en considération en vue de l'interprétation de notions juridique imprécises de la Convention et pour régler des questions relevant du droit national (qui concernent avant tout la procédure). Il est renvoyé à la partie II du présent rapport.

bb) La situation se présente de façon similaire depuis l'entrée en vigueur de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE; RS 0.107). Cette convention crée un grand nombre de droits de l'enfant et exige que l'intérêt de l'enfant représente une considération primordiale (art. 3, al. 1). Au sujet de l'enlèvement d'enfants, l'article 11 CDE prévoit ce qui suit:

"1. Les Etats prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.
2. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants."

La Convention sur les droits de l'enfant renvoie ainsi en premier lieu à la Convention de La Haye.⁵ Cette convention ne peut dès lors se répercuter sur l'application et l'interprétation de la Convention de La Haye que dans la mesure où le contenu de celle-ci le permet.

cc) Dans le cadre de l'article 8 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les engagements pris par les Etats contractants en vue de la protection de la famille incluent également l'obligation d'appliquer en cas d'enlèvements d'enfant les traités internationaux existants, en particulier la Convention de La Haye.⁶

e) La seconde partie de la question ne saurait trouver une réponse aussi généralisée. Dans les cas qui aboutissent au retour, l'enfant partage un sort déterminé par les conditions familiales, sociales et économiques qui prévalent dans son Etat de résidence. Dans certaines familles, le retour conduit à une nouvelle situation stable. Dans d'autres cas, les difficultés subsistent. Il serait de premier intérêt de savoir comment se portent les enfants qui sont retournés en vertu d'un jugement suisse ou qui ont même dû être rapatriés de force.

La commission a dû prendre acte du fait qu'il n'existe pas de réponses plus ou moins complètes et fiables à une telle question. Une enquête initiée par la commission et effectuée par l'Autorité centrale l'a confirmé. Cela dépend d'une part du fait que l'Autorité centrale suisse n'est pas informée de tous les cas portés devant la justice, qu'elle n'est tenue au courant que de manière lacunaire par les tribunaux quant au déroulement de la procédure et que la décision portant sur la demande de retour ne lui est pas toujours communiquée. D'autre part, ni l'Autorité centrale suisse ni une autorité judiciaire suisse ne disposent de la possibilité d'obtenir des informations complètes sur la situation d'enfants retournés à l'étranger. Il n'existe pas de base légale à ce sujet et il s'agit par ailleurs d'informations relatives à des situations personnelles et familiales au sujet desquelles les personnes concernées ne sont généralement pas prêtes à s'exprimer. A part quelques cas dans lesquels il est possible d'obtenir encore des renseignements à l'étranger, la procédure de retour est totalement terminée lorsque l'enfant quitte réellement la Suisse. Cette situation pourrait être améliorée (dans une mesure restreinte) par l'obligation qui serait faite aux tribunaux de fournir régulièrement des

⁵ ATF 130 III 530 ss, 533.

⁶ Cf. CEDH, Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I p. 205, § 95; CEDH, Sylvester, 24.4.2003, § 57; Iglesias, 29.4.2003, Recueil 2003 V p. 247, § 51; Maire, 26.6.2003, Recueil 2003 VII p. 309, § 72; ATF 123 II 419 ss, 423.

informations à l'Autorité centrale au sujet des phases principales de la procédure et par l'élargissement de la collaboration entre les autorités centrales dans le cadre de la Conférence de La Haye (voir les parties II et III du présent rapport).

La commission a dû constater, d'autre part, que l'Autorité centrale suisse n'est pas en mesure d'obtenir des informations relatives à des enfants après leur retour en Suisse et de les transmettre à l'étranger.

2. *Quel est le rôle de l'Autorité centrale de la Confédération en matière d'enlèvement international d'enfants, et que dit le règlement interne du département en la matière?*

Le rôle de l'Autorité centrale suisse est déterminé, comme pour toutes les autorités centrales étrangères, en premier lieu par la Convention de La Haye elle-même.⁷ En principe, l'Autorité centrale assume toutes les tâches d'information, de transmission, d'organisation et d'assistance lors du traitement de cas d'enlèvement d'enfants. Ces tâches sont fixées par l'article 7, alinéa 2, de la Convention tel que cité sous chiffre 2.1.

La portée de ces tâches a été déterminée de manière détaillée dans le "Guide de bonnes pratiques"⁸ édité en 2003 par la Conférence de La Haye de droit international privé, avec le concours des délégués suisses. D'autres aides pratiques pour la collaboration des autorités centrales proviennent des rencontres régulières organisées par la Conférence de La Haye dans le but d'examiner le fonctionnement de la Convention.

Il n'existe aucune réglementation interne au département et aucun règlement. De l'avis de la commission, le besoin n'en existe pas. Le personnel de l'Autorité centrale dispose, à côté du "Guide de bonnes pratiques" déjà mentionné, d'un document détaillé à usage interne intitulé "Manuel du traitement de cas d'enlèvement d'enfants et de conflits de droit de visite à caractère international" ainsi que d'un vaste éventail de formules et aides mémoire.

Les tâches de l'Autorité centrale sont suffisamment déterminées au plan juridique et décrites de manière détaillée dans la documentation interne en vue de leur mise en œuvre pratique. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas de problèmes qui pourraient être mieux réglés. De tels problèmes doivent toutefois être abordés de manière ciblée et non pas au moyen d'une collection générale et exhaustive de prescriptions.

2.1 *Quelles sont les tâches détaillées, les droits d'intervention et les devoirs qui lui sont attribués, et sur quelles bases juridiques reposent-ils?*

Les tâches de l'Autorité centrale sont décrites de manière détaillée dans la Convention. En vertu de l'article 7, alinéa 2, l'Autorité centrale doit prendre toutes les mesures appropriées:

- a) pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement;
- b) pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires;
- c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable;
- d) pour échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant;
- e) pour fournir des informations générales concernant le droit de leur Etat relatives à l'application de la Convention;

⁷ Au sujet du rôle de l'autorité centrale dans le cadre de 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 du 20 mai 1980 (RS 0.211.230.01), cf. les art. 3 et 5.

⁸ Partie 1: Pratique des autorités centrales, Partie 2: Mise en œuvre.

- f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite;
- g) pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat;
- h) pour assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et approprié, le retour sans danger de l'enfant;
- i) pour se tenir mutuellement informées sur le fonctionnement de la Convention et, autant que possible, lever les obstacles éventuellement rencontrés lors de son application.

D'autres indications détaillées se trouvent dans les documents précités, en particulier dans le "Guide des bonnes pratiques".

S'il s'agit de l'enlèvement d'un enfant vers la Suisse, l'Autorité centrale est avant tout confrontée aux tâches suivantes qui n'entraînent par ailleurs pas de coûts pour les intéressés (art. 26 de la Convention):

- la localisation de l'enfant lorsqu'un enlèvement d'enfant vers la Suisse est signalé et que son lieu de séjour est inconnu (avec le soutien de la police, d'aéroport ou de frontière en cas de besoin);
- les conseils pour les personnes désireuses de déposer une demande de retour de l'enfant, y compris la préparation de tous les documents nécessaires et la désignation d'un avocat, ainsi que la préparation de la demande d'assistance judiciaire gratuite;
- l'information et les conseils pour le parent auteur de l'enlèvement de l'enfant;
- le soutien lors de la recherche d'une solution à l'amiable;
- la prise de contact avec les autorités tutélaires du lieu de séjour de l'enfant en vue des mesures de protection qui seraient à prendre, y compris les mesures permettant d'empêcher une fuite;
- l'aide en faveur des parties et des autorités cantonales en vue de la préparation du retour volontaire;
- l'examen de la demande de retour de l'enfant pour déterminer si elle est complète et sa transmission au tribunal du canton compétent;
- la communication aux tribunaux des cantons concernés (avant tout dans le cas d'une procédure de divorce introduite en Suisse) afin qu'aucune décision matérielle portant sur le droit de garde ne puisse être prise (art 16 de la Convention);
- la prise de contact et la collaboration, dans toutes les phases et selon les besoins, avec les offices de mineurs, organes de police, organes de coordination cantonaux en cas d'enlèvements d'enfant, représentations des Suisses de l'étranger, consulats et autres institutions utiles en vue des investigations portant sur la situation de l'enfant et des parents ainsi que de l'arrangement à l'amiable, également au niveau des institutions privées, en particulier du Service Social International;
- la prise de contact et la collaboration avec l'autorité centrale étrangère et d'autres autorités et tribunaux saisis du cas dans l'Etat dans lequel l'enfant avait son lieu de séjour immédiatement avant l'enlèvement;
- les conseils et le soutien lors de l'exécution d'une décision de retour par les autorités cantonales.

Dans le contexte de l'activité de l'Autorité centrale en qualité d'intermédiaire, des difficultés ont surgi au cours des dernières années qui incitent à repenser la procédure et à formuler des propositions à ce sujet (voir la partie II du présent rapport).

L'Autorité centrale réussit souvent à régler la situation en rendant les intéressés attentifs à la Convention de La Haye et au devoir légal fondamental de devoir restituer l'enfant enlevé. Dans un autre groupe de cas, des discussions de conciliation peuvent aboutir à un résultat. L'Autorité cen-

trale recourt dans la mesure du possible à l'aide de tiers, en particulier en collaboration avec les organes de protection des mineurs du droit civil ou autres organismes d'entraide bénévole, mais en partie également avec les consulats des pays d'origine des intéressés. La pression du temps, l'effectif réduit du personnel et la connaissance relativement modeste du cas concret ne permettent pas à l'Autorité centrale de procéder à un traitement approfondi et à une conciliation qui exigerait également le recours à des experts non juristes. Par ailleurs, de tels efforts présupposent la présence des deux parents et leur disposition de coopérer pour trouver une solution. Les frais qui en résultent peuvent alors former un obstacle supplémentaire.

En pratique, l'Autorité centrale recommande au demandeur venant de l'étranger de désigner un avocat dans le canton où se trouve l'enfant. L'Autorité centrale clarifie ainsi qu'elle ne représente pas le demandeur et qu'elle ne répond pas des actes et du coût du mandataire du demandeur. Dans certains cas, lorsque des négociations au plan privé ont déjà eu lieu et se sont soldées par un échec, ce procédé est approprié. Dans d'autres cas par contre, le conflit se mue très tôt en litige juridique, ce qui ne favorise pas, voire empêche même la tentative de trouver un arrangement à l'amiable et rend très difficiles, voire impossibles, les négociations privées entre les parents. Ainsi, il n'est pas donné satisfaction aux dispositions de la Convention qui chargent l'autorité centrale de prendre et d'exécuter en premier lieu des mesures tendant à la remise volontaire de l'enfant (art. 7, al. 2, lit. c, art. 10).

Il est également difficile pour l'Autorité centrale de se présenter en intermédiaire objectif et équilibré face au parent auteur de l'enlèvement. De par sa fonction, l'Autorité centrale est avant tout une autorité appelée à obtenir ou à soutenir le retour de l'enfant. Pour cette raison sa position est plus proche des intérêts du parent demandeur. La prise de contact avec le parent ravisseur souffre également du fait que l'Autorité centrale agit aujourd'hui sous l'appellation "Service de protection internationale des enfants", transmettant ainsi au parent auteur de l'enlèvement une image unilatérale de sa véritable tâche.

L'Autorité centrale est à disposition des tribunaux suisses pour fournir des renseignements et du soutien, en particulier pour l'obtention de renseignements de l'Etat de provenance ou la coopération facilitée avec les autorités locales. Actuellement, ce soutien est assez rarement sollicité par les tribunaux. Il peut s'avérer utile également en cas de difficultés d'ordre linguistique, notamment parce qu'il est possible de recourir aux services de la représentation suisse qui se trouve sur place. L'Autorité centrale ne possède aucun droit d'intervention à l'égard des tribunaux. Ces derniers n'informent en général l'Autorité centrale que de manière partielle et incomplète sur le déroulement de la procédure. L'Autorité centrale peut demander à être renseignée sur les raisons qui entraînent un ralentissement de la procédure (art. 11, al. 2), mais cette démarche se limite à quelques cas isolés. Il existe un besoin d'amélioration à cet égard (voir la partie II du présent rapport).

Telles qu'elles sont posées par le postulat, les questions s'adressent presque exclusivement à l'Autorité centrale en tant qu'autorité requise, soit appelée à intervenir dans des cas d'enlèvement d'enfants vers la Suisse. Il faut relever que cette autorité assume à l'évidence toutes ses tâches dans les cas d'enlèvement d'enfants de la Suisse vers l'étranger.⁹ Il s'agit en premier lieu d'informer et de conseiller le parent dont le droit de garde a été violé en Suisse, de rechercher l'enfant (par exemple par Interpol), de préparer et de transmettre la demande de retour à l'étranger et de prendre contact et de collaborer avec les autorités étrangères, en particulier avec l'autorité centrale de l'Etat vers lequel l'enfant a été enlevé. Cette collaboration fonctionne bien, voire très bien, avec quelques Etats, cependant qu'elle s'avère compliquée ou carrément très difficile avec d'autres Etats. Une amélioration des rapports de collaboration difficiles ne peut s'obtenir qu'au plan international, que ce soit dans les relations bilatérales ou au sein de la Conférence de La Haye. Dans certains Etats, en particulier aux Etats-Unis d'Amérique, le manque de la possibilité d'obtenir l'aide sociale ou une autre solution analogue au niveau des coûts constitue un inconvénient grave.

⁹ Au cours des cinq dernières années, plus que le double de demandes de retour a été transmis à l'étranger par rapport au nombre des demandes entrées en Suisse (171 demandes contre 84 demandes entrées).

Par ailleurs, l'Autorité centrale peut également être sollicitée afin de favoriser ou d'assurer l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite (art. 21 de la Convention). L'Autorité centrale est chargée de tâches d'information, de conciliation et de coopération avec les autorités en Suisse et à l'étranger, tâches comparables à celles assumées en cas de véritables enlèvements d'enfant.

L'Autorité centrale est saisie chaque année d'environ 100 à 120 cas en moyenne. Un tiers des cas a trait au droit de visite. Parmi les 70 à 80 cas d'enlèvements, 20 à 30 enlèvements concernent des enlèvements d'enfants de l'étranger vers la Suisse.

Les questions adressées à la commission au sujet du déroulement de la procédure ne se réfèrent qu'à l'Autorité centrale de la Confédération. D'importantes questions se posent pourtant aussi par rapport au rôle joué par les tribunaux qui sera examiné de plus près (voir la partie II du présent rapport).

2.2 *Comment la tenue des dossiers et la responsabilité des cas (gestion globale des cas) sont-elles réglées au sein de l'Autorité centrale?*

Les cas entrants sont attribués aux collaborateurs de la section en fonction de leur disponibilité et de leur charge de travail, en tenant compte de leurs connaissances linguistiques. Les collaborateurs disposent de connaissances spécialisées et des directives (déjà mentionnées) afin d'assumer eux-mêmes le traitement de chaque cas. Le contact avec les supérieurs hiérarchiques et des rencontres internes régulières permettent un traitement approprié et homogène. Une liste des pièces est établie lorsque le dossier est volumineux.

Le Service de protection internationale des enfants est doté d'un effectif en personnel juridique pour le traitement des enlèvements d'enfants équivalant à un peu moins de 200 pour cent de postes (s'ajoutent 160% pour les adoptions et 20% pour les mesures protectrices). Au vu de cette dotation, il n'est pas possible d'affiner la structure interne dans le sens d'une gestion globale des cas ("Case-Management").

2.3 *Comment l'Autorité centrale se comporte-t-elle en présence de motifs de suspicion ou d'accusations précises en rapport avec des mauvais traitements infligés à un enfant ou avec un abus sexuel commis sur un enfant, si elle a connaissance de tels faits au cours d'une procédure par le biais de documents ou de communications qui lui sont faites directement? Comment réagit-elle si des enfants de nationalité suisse subissent de tels traitements à l'étranger de la part du parent qui demande le rapatriement?*

S'il s'agit d'un enlèvement d'un enfant de l'étranger vers la Suisse, l'Autorité centrale demande alors si les investigations et mesures indiquées ont été entreprises dans l'Etat de provenance de l'enfant et, dans l'affirmative, quel est l'état de la procédure en question. Si rien n'a été entrepris, elle recommande au parent auteur de l'enlèvement de procéder voire de faire procéder aux démarches nécessaires dans l'Etat de provenance, ou elle entreprend elle-même des actions. Par ailleurs, l'Autorité centrale est soumise au devoir de signaler des infractions susceptibles d'être poursuivies en Suisse.

Si des investigations ont été menées dans l'Etat de résidence, leurs résultats doivent être respectés en Suisse. S'il existe néanmoins des indices sérieux que les enfants susceptibles d'être rapatriés ont été l'objet de maltraitance de tout genre et si des craintes subsistent qu'ils ne seront pas suffisamment protégés contre de nouveaux mauvais traitements en cas de retour, le tribunal saisi de la procédure mène d'office les investigations nécessaires et en tient compte dans sa décision.

Par ailleurs, l'Autorité centrale ne dispose pas de la compétence juridique et spécialisée qui lui permettrait de procéder à des investigations à la suite de tels soupçons ou accusations, voire de prendre des décisions.

3. *Comment garantit-on que l'audition des enfants concernés, laquelle est indispensable d'après la Convention relative aux droits de l'enfant, est effectuée par des experts compétents et indépendants?*

La décision relative à l'audition de l'enfant incombe au tribunal saisi de la demande de retour (également en vertu de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant). Il tient compte de la jurisprudence pertinente qui a été rendue notamment au sujet de l'article 144, alinéa 2, CC en matière de divorce ainsi qu'en vertu de l'article 314, chiffre 1, CC.¹⁰ Le tribunal peut, si cela est indiqué, recourir aux services d'experts non juristes lors de l'audition. La commission présente des propositions visant à améliorer encore cette pratique dans le domaine particulier des enlèvements d'enfant (voir la partie II du présent rapport).

4. *En cas de conflit d'intérêts opposant les parents et les enfants concernés, fait-on en sorte qu'ils disposent d'une protection juridique propre, à tout le moins dans la procédure juridique en Suisse? Institue-t-on un mandataire pour les enfants, comme c'est l'usage dans d'autres procédures juridiques en Suisse, de façon analogue à l'institution d'un mandataire officiel gratuit oeuvrant pour le compte du parent qui demande le rapatriement de l'enfant?*

Dans la pratique actuelle, l'enfant n'a pas bénéficié de son propre mandataire dans les affaires d'enlèvement, et s'il en a bénéficié, c'était à la demande de l'un de ses parents.

Cette retenue s'explique entre autres par le fait que le curateur de l'enfant a souvent tendance à adopter la position du parent auteur de l'enlèvement au lieu d'apprécier la situation de manière autonome et au regard de la relation de l'enfant avec les deux parents. Dans l'idéal, l'avocat de l'enfant devrait être le mieux à même de jouer le rôle d'un mandataire médiateur.

Dans le cas australien W., les autorités cantonales ont nommé un avocat curateur des enfants qui était habilité à recourir au nom des enfants également devant le Tribunal fédéral.¹¹ Le Tribunal fédéral est non seulement entrée en matière sur le recours de la mère et celui des enfants, il les a également jugés en utilisant en partie seulement les mêmes arguments. Il en ressort que le parent auteur de l'enlèvement et les enfants peuvent faire valoir leurs droits sur une base différente qui renforce la revendication de la représentation indépendante des enfants.

La commission a examiné cette question de plus près et formule des propositions à ce sujet (voir la partie II du présent rapport).

Il est par ailleurs indiqué de relever le fait que le traitement de cas d'enlèvements d'enfant exige la collaboration d'experts particulièrement qualifiés. Ceci vaut en particulier pour les avocats, les juges et les policiers.¹² Cette exigence s'adresse également aux responsables de la formation des universitaires et des avocats.¹³

¹⁰ ATF 124 III 90 ss, 93 s.; 126 III 497 ss; 127 III 295 ss, 296 s.; 131 III 553 ss; ATF 23.9.2005, 5C 209/2005, cons. 3.

¹¹ ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 p. 106, RSDIE 2005 p. 394.

¹² Cf. la Résolution 1291 (2002)1 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'enlèvement international d'un enfant par l'un des parents, ch. 5(2).

¹³ Cela concerne d'une part la formation en droit international de la famille et d'autre part l'intégration d'aspects non juridiques dans le contexte plus large des sciences de la famille. Au sujet de ce dernier

5. *Pourquoi ne laisse-t-on pas à une commission spéciale à caractère interdisciplinaire (psychologue, juge, travailleur social) le soin de déterminer si le rapatriement ou la séparation d'avec l'un des parents est raisonnablement exigible? Comment pourra-t-on garantir, par la suite, que les expertises éventuelles établies sur les enfants ne seront pas utilisées dans une procédure à l'étranger?*

En Suisse, la décision portant sur des demandes de retour d'enfants enlevés appartient à la sphère de compétence des autorités judiciaires. Si ce principe est immuable, la question se pose de savoir si les tribunaux ne devraient pas davantage s'appuyer sur des conseils interdisciplinaires. La commission répond par l'affirmative à cette question et formule des propositions d'amélioration (voir la partie II du présent rapport).

Lorsque l'Autorité centrale ou un tribunal suisse a fait établir ou reçoit une expertise, celle-ci fait partie du dossier et est traitée de manière confidentielle. Il appartient en principe à chaque partie de décider si elle entend présenter une expertise à une autre autorité à l'étranger. L'autorité étrangère décide alors elle-même si et dans quelle mesure elle veut admettre l'expertise dans la procédure, voire s'en servir comme base pour sa propre décision. Il n'y a pas de transmission d'office à l'étranger qui aurait lieu sans le consentement des personnes concernées.

6. *Comment fait-on en sorte que, avant un rapatriement, les conditions générales de nature sociale, juridique et financière, auxquelles les enfants et le parent "coupable" qui a enlevé l'enfant vont être soumis, soient établies à l'avance de façon précise et que des mesures d'accompagnement soient prêtes en cas de besoin? A cet égard, comment la coopération avec le Service social international est-elle réglée, lequel dispose de sections nationales dans la plupart des pays?*

Avant que le tribunal suisse ne statue sur l'obligation de restituer l'enfant, il peut s'avérer nécessaire, dans le cadre de la Convention de La Haye, d'obtenir des informations permettant de connaître les conditions de vie qui attendent l'enfant après son retour. Une telle investigation peut s'imposer pour examiner la question de savoir si les conditions posées par l'article 13, alinéa 1, lettre b, de la Convention sont remplies et qu'il y a donc lieu de refuser le retour. Une telle appréciation doit précéder la décision. En général, de tels renseignements ne sont actuellement que rarement pris dans la pratique. Il faut tenir compte du fait que de telles investigations peuvent s'avérer très difficiles en fonction de l'Etat impliqué. Dans les pays dotés de correspondants du Service social international, il est possible de recourir à leurs services. Après la décision judiciaire, la marge de manœuvre du côté suisse est très limitée à l'égard des parties et des autorités étrangères. S'il est décidé que l'enfant doit être ramené dans son Etat de provenance, les tribunaux ne prennent, selon la pratique actuelle, pas ou peu de renseignements au sujet des conditions qui attendent l'enfant après son retour. Dans certains cas, l'Autorité centrale est sollicitée dans le but d'organiser le rapatriement. La commission s'est penchée de plus près sur cette problématique (voir la partie II du présent rapport).

La question se pose de savoir comment de telles investigations sont menées. En pratique, la préparation du retour et l'aménagement de l'accueil de l'enfant dans l'Etat de provenance sont laissés aux parties. Dans un grand nombre de cas, le retour signifie pour l'enfant qu'il retrouve avec le parent auteur de l'enlèvement la situation telle qu'elle existait avant l'enlèvement. Dans d'autres cas moins nombreux, mais d'autant plus critiques, des préparatifs particuliers s'avèrent nécessaires, y compris un accompagnement lors du trajet du retour et une nouvelle réglementation de l'hébergement dans l'Etat de provenance. Si des démarches judiciaires s'imposent, elles doivent être entreprises sur demande ou d'office dans l'Etat de provenance.

point, cf. Ingeborg Schwenzer/Sabine Aeschlimann, Towards a New Academic Discipline of Family Sciences, International Law FORUM en droit international 2005, p. 178-185.

L'Autorité centrale est à disposition, sur demande, afin de soutenir et d'organiser le retour par des mesures accompagnantes. Elle facilite également le contact par le biais de l'autorité centrale de l'Etat de provenance. S'il y a lieu d'ordonner des mesures de contrainte en vue de l'exécution, celles-ci relèvent de la compétence des autorités cantonales compétentes. L'Autorité centrale n'a connaissance que d'environ 10 cas en tout, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, dans lesquels on a entrepris ou pour le moins tenté un retour forcé.

La collaboration avec le Service sociale international est très appréciée et sollicitée en diverses circonstances. Il n'existe pas de réglementation institutionnalisée puisque chaque intervention doit être appréciée de cas en cas.

7. *Les citoyens suisses bénéficient-ils d'une protection consulaire si le rapatriement est exigé dans une décision judiciaire?*

Dans le contexte des enlèvements d'enfant, le soutien offert par les autorités repose sur les autorités centrales désignées dans tous les Etats signataires de la Convention. Bien que la Convention n'exclue pas le recours à des services diplomatiques ou consulaires, les Etats contractants ont clairement exprimé le principe que les prestations de soutien nécessaires doivent être fournies ou en tout cas ordonnées par les autorités centrales. Dans certains cas, l'Autorité centrale peut s'assurer l'intervention de la représentation suisse dans l'Etat de provenance de l'enfant afin de faciliter la prise de contact et la communication avec les autorités locales et d'assister les personnes concernées lors du voyage de retour de l'enfant.

Les citoyens suisses peuvent s'adresser à l'étranger en tout temps à leur représentation consulaire afin de demander de l'aide. Cette représentation cherchera toutefois généralement tout d'abord le contact avec l'autorité compétente. Dans quelques cas, le consulat suisse sera en mesure de fournir ou de procurer un soutien financier modeste.

Dans les cas évoqués, il s'agit avant tout de la question de savoir si la représentation consulaire de la Suisse peut tenter d'obtenir dans l'Etat de provenance de l'enfant des mesures qui semblent nécessaires, aux yeux des autorités suisses, pour la protection de l'enfant après son retour. Il est judicieux de demander une telle protection auprès des autorités de l'Etat de provenance déjà pendant la période où l'enfant se trouve encore en Suisse et l'autorité centrale de l'Etat de provenance demande son retour. Si l'enfant est retourné, il est, pour les autorités suisses, trop tard pour s'occuper encore de la situation de l'enfant.

Selon la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), la représentation suisse peut s'occuper des intérêts de mineurs suisses, avant tout lorsque l'institution d'une tutelle ou curatelle paraît indiquée (art. 5, lit. h), ou elle peut faire de sorte que des mesures de protection soient prises à titre provisoire (art. 5, lit. i), mais cela n'est possible que dans le cadre des lois et règles de l'Etat de séjour. L'expérience montre que de tels efforts ne mènent pas plus loin que les démarches qui peuvent de toute manière être entreprises à la demande des parents ou d'office.

**II. Projet de loi fédérale
sur les enlèvements internationaux d'enfants**

Loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

en exécution de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁴ et de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants¹⁵, vu les articles 11, 54 alinéa 1er et 122 de la constitution¹⁶, vu le message du Conseil fédéral du...¹⁷,

arrête:

Chapitre 1 Objet

La présente loi contient des dispositions relatives au retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement dans des cas internationaux, relevant notamment de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Chapitre 2 Autorités et experts

Art. 2 Autorité centrale

L'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police est l'autorité centrale prévue dans les Conventions internationales en matière d'enlèvement d'enfants.

Art. 3 Instance cantonale

¹ Sont compétents pour connaître des demandes portant sur le retour d'enfants enlevés ainsi que pour ordonner des mesures de protection de l'enfant, les tribunaux cantonaux supérieurs statuant en instance unique. Ils décident en suivant une procédure simple et rapide et ils règlent également l'exécution.

² Pour l'exécution du retour de l'enfant, les cantons désignent une seule autorité.

Art. 4 Compétence

¹ Est compétent le tribunal du canton de résidence de l'enfant au moment du dépôt de la demande.

² Ce tribunal peut transférer la cause au tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans un autre canton, si les parties et le tribunal requis en conviennent

Art. 5 Experts

¹ L'autorité centrale veille à établir, en collaboration avec les cantons, un réseau d'experts et d'institutions aptes à fournir des conseils, à procéder à une conciliation ou médiation ainsi qu'à représenter l'enfant et disposés à intervenir d'urgence.

² La Confédération peut fournir un soutien financier.

¹⁴ RS 0.211.230.02

¹⁵ RS 0.211.230.01

¹⁶ RS 101

¹⁷ FF

Chapitre 3 Procédure

Art. 6 Procédure de conciliation et de médiation

¹ L'autorité centrale ou le tribunal cantonal saisi de la demande engage une procédure de conciliation ou de médiation afin d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable.

² Les personnes concernées sont incitées de manière appropriée à participer à cette procédure.

Art. 7 Mesures de protection

¹ Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant

- a) désigne, pour les besoins de la procédure, un curateur à l'enfant;
- b) règle au besoin les relations personnelles de l'enfant avec les parents et ordonne les mesures nécessaires pour protéger l'enfant.

² Le tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans le canton de résidence de l'enfant est compétent pour ordonner au besoin ces mesures lorsque l'autorité centrale est saisie d'une demande de retour d'un enfant enlevé, qui n'est pas encore pendante devant de ce tribunal. L'autorité centrale peut requérir du tribunal que de telles mesures soient prises.

Art. 8 Procédure judiciaire

¹ Lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir à un accord entraînant le retrait de la demande, le tribunal cantonal décide de celle-ci.

² Le tribunal entend l'enfant personnellement, de manière appropriée, ou nomme un expert à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition.

³ Le tribunal entend dans la mesure du possible les deux parents personnellement.

⁴ Le tribunal vérifie, le cas échéant en collaboration avec l'autorité centrale, si et de quelle manière le retour de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement peut s'effectuer.

Art. 9 Collaboration

Le tribunal collabore si nécessaire avec les autorités compétentes de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement, en particulier pour se renseigner au sujet des mesures que ces autorités peuvent ordonner afin de protéger l'enfant.

Art. 10 Information

Le tribunal informe l'autorité centrale des principales étapes de la procédure et il lui communique sa décision.

Art. 11 Frais

L'article 26 de la Convention de La Haye de 1980 s'applique au règlement des frais de la procédure de conciliation et de médiation ainsi qu'aux frais de procédure devant les instances, cantonale et fédérale.

Chapitre 4 Décision

Art. 12 Retour et intérêt de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b) de la Convention de La Haye de 1980, l'enfant est placé dans une situation intolérable en cas de retour notamment lorsque

- a) le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant;
- b) le parent ravisseur, compte tenu de toutes les circonstances, n'est pas en état de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement ou l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; et
- c) le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Art. 13 Opinion de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 2, de la Convention de La Haye de 1980, l'opinion de l'enfant est également déterminante si elle reflète les circonstances de l'enlèvement et les conditions d'accueil en Suisse, sous réserve toutefois de l'influence directe exercée par le parent qui s'oppose au retour.

Art. 14 Décision de retour

¹ La décision ordonnant le retour de l'enfant est accompagnée des mesures d'exécution. Elle est communiquée à l'autorité d'exécution.

² La décision de retour et les mesures d'exécution prennent effet dans toute la Suisse.

Art. 15 Exécution et intérêt de l'enfant

L'autorité chargée d'exécuter la décision de retour procède en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et elle tend à ce qu'elle ait lieu volontairement.

Art. 16 Sursis à l'exécution

Le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut surseoir à l'exécution de la décision de retour si des circonstances extraordinaires surviennent qui s'y opposent.

Art. 17 Modification

¹ Lorsque, depuis la décision ordonnant le retour de l'enfant, les circonstances ont changé de manière notable sous l'angle des motifs pouvant s'opposer au retour, le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut, sur requête, modifier la décision.

² Il décide également du non-lieu de l'exécution.

Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

in Ausführung des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung¹⁸ und des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Annerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts¹⁹,
gestützt auf Artikel 11, 54 Absatz 1 und Artikel 122 der Bundesverfassung²⁰,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom...²¹,

beschliesst

1. Kapitel: Gegenstand

Artikel 1

Dieses Gesetz enthält Bestimmungen betreffend die Rückgabe von Kindern, die in internationalen Fällen widerrechtlich verbracht oder zurückbehalten worden sind, insbesondere im Zusammenhang mit dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

2. Kapitel: Behörden und Fachpersonen

Art. 2 Zentrale Behörde

Das Bundesamt für Justiz des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements ist die in den internationalen Übereinkommen betreffend Kindesentführungen vorgesehene Zentrale Behörde.

Art. 3 Kantonale Instanz

¹ Zuständig für die Beurteilung von Gesuchen um Rückgabe von entführten Kindern, einschliesslich der Massnahmen zum Schutze von Kindern, sind die oberen kantonalen Gerichte als einzige Instanzen. Sie entscheiden in einem einfachen und raschen Verfahren und regeln die Vollstreckung.

² Für den Vollzug der Rückgabe des Kindes bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde.

Art. 4 Zuständigkeit

¹ Zuständig ist das Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält.

² Dieses Gericht kann das Verfahren an das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht eines anderen Kantons abtreten, wenn die Parteien und das ersuchte Gericht damit einverstanden sind.

Art. 5 Fachpersonen

¹ Die Zentrale Behörde sorgt in Zusammenarbeit mit den Kantonen für ein Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen, die für die Beratung, Vermittlung und Mediation sowie für die Kindesvertretung zur Verfügung stehen und in der Lage sind, in der gebotenen Eile zu handeln.

² Der Bund kann hierfür Finanzhilfen gewähren.

¹⁸ SR 0.211.230.02

¹⁹ SR 0.211.230.01

²⁰ SR 101

²¹ BBl ...

3. Kapitel: Verfahren

Art. 6 Vermittlungs- und Mediationsverfahren

¹ Die Zentrale Behörde oder das mit dem Gesuch befasste kantonale Gericht leitet ein Vermittlungs- oder Mediationsverfahren ein mit dem Zweck, die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen.

² Die betroffenen Personen sind in angemessener Weise zu veranlassen, an diesem Verfahren teilzunehmen.

Art. 7 Schutzmassnahmen

¹ Das mit dem Gesuch um Rückgabe des Kindes befasste Gericht

- a) ernennt dem Kind für die Belange des Verfahrens einen Beistand;
- b) regelt soweit erforderlich den persönlichen Verkehr des Kindes mit den Eltern und erlässt die notwendigen Massnahmen zum Schutze des Kindes.

² Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht im Aufenthaltskanton des Kindes ist zuständig, diese Massnahmen soweit erforderlich anzuordnen, wenn ein Gesuch um Rückgabe eines entführten Kindes bei der Zentralen Behörde eingegangen, aber bei diesem Gericht noch nicht anhängig gemacht worden ist. Die Zentrale Behörde kann solche Massnahmen beim Gericht beantragen.

Art. 8 Gerichtsverfahren

¹ Lässt sich auf dem Wege der Vermittlung oder Mediation keine Einigung erzielen, die den Rückzug des Gesuchs zur Folge hat, so entscheidet das kantonale Gericht über das Gesuch.

² Das Gericht hört das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson, soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.

³ Das Gericht hört so weit als möglich beide Eltern persönlich an.

⁴ Das Gericht vergewissert sich, allenfalls in Zusammenarbeit mit der Zentralen Behörde, ob und auf welche Weise die Rückführung des Kindes in den Staat, in dem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, vollzogen werden kann.

Art. 9 Zusammenarbeit

Das Gericht arbeitet soweit erforderlich mit den zuständigen Behörden des Staates zusammen, in welchem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, insbesondere um in Erfahrung zu bringen, welche Massnahmen zum Schutz des Kindes von diesen Behörden getroffen werden können.

Art. 10 Information

Das Gericht informiert die Zentrale Behörde über die wesentlichen Verfahrensschritte und teilt ihr den Entscheid mit.

Art. 11 Kosten

Artikel 26 des Haager Übereinkommens von 1980 ist auf die Regelung der Vermittlungs- und Mediationskosten sowie auf die Kosten des Gerichtsverfahrens in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar.

4. Kapitel: Entscheid

Art. 12 Rückgabe und Kindeswohl

Im Sinne von Artikel 13, Absatz 1, Buchstabe b) des Haager Übereinkommens von 1980 bringt die Rückgabe das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage, wenn

- a) die Unterbringung bei dem den Antrag stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht;
- b) der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in welchem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und
- c) die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht.

Art. 13 Meinung des Kindes

Im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 des Haager Übereinkommens von 1980 ist die Meinung des Kindes auch dann zu beachten, wenn sie sich auf die Umstände der Entführung und die Aufnahme in der Schweiz stützt, jedoch unter Vorbehalt der unmittelbaren Einflussnahme durch den Elternteil, der sich der Rückgabe widersetzt.

Art. 14 Rückgabeentscheid

¹ Der Rückgabeentscheid ist mit der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden. Er ist auch der Vollzugsbehörde mitzuteilen.

² Rückgabeentscheid und Vollstreckungsmassnahmen gelten für die ganze Schweiz.

Art. 15 Vollzug und Kindeswohl

Die mit dem Vollzug des Rückgabeentscheids befasste Behörde handelt unter Berücksichtigung des Kindeswohls und wirkt auf einen freiwilligen Vollzug hin.

Art. 16 Aufschub des Vollzugs

Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht kann den Vollzug des Rückgabeentscheids aussetzen, wenn ausserordentliche Umstände auftreten, die ihm entgegenstehen.

Art. 17 Abänderung

¹ Haben sich die Umstände seit dem Entscheid, der die Rückgabe anordnet, unter dem Gesichtspunkt der einer Rückgabe entgegenstehenden Gründe in wesentlicher Beziehung geändert, so kann das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht auf Antrag den Entscheid abändern.

² Es entscheidet auch über die Einstellung des Vollzugs.

Legge federale sul rapimento internazionale di minori

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

in esecuzione della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980²² sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori e della Convenzione europea del 20 maggio 1980²³ sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento, visti gli articoli 11, 54 capoverso 1 e 122 della Costituzione federale²⁴, visto il messaggio del Consiglio federale del²⁵,

decreta:

Capitolo 1: Oggetto

Articolo 1

La presente legge contiene disposizioni concernenti il ritorno di minori trasferiti o trattenuti illecitamente nell'ambito di casi internazionali, in particolare in relazione alla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori.

Capitolo 2: Autorità e specialisti

Art. 2 Autorità centrale

L'Ufficio federale di giustizia del Dipartimento federale di giustizia e polizia è l'Autorità centrale prevista dalle Convenzioni internazionali sul rapimento di minori.

Art. 3 Istanza cantonale

¹ I tribunali superiori cantonali giudicano, come istanza unica, le domande di ritorno di minori rapiti e l'adozione di misure di protezione dei minori. Decidono con una procedura semplice e rapida e disciplinano l'esecuzione.

² I Cantoni designano un'autorità unica preposta all'esecuzione del ritorno del minore.

Art. 4 Competenza

¹ È competente il tribunale del Cantone nel quale il minore soggiorna al momento dell'inoltro della domanda.

² Tale tribunale può trasmettere la causa al tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 di un altro Cantone, se le parti e il tribunale richiesto acconsentono.

Art. 5 Specialisti

¹ In collaborazione con i Cantoni, l'Autorità centrale provvede alla creazione di una rete formata da specialisti e da istituzioni, a disposizione per consulenza, conciliazione e mediazione nonché per la rappresentanza di minori, e in grado di agire con la dovuta sollecitudine.

² La Confederazione può accordare aiuti finanziari a tale scopo.

²² RS 0.211.230.02

²³ RS 0.211.230.01

²⁴ RS 101

²⁵ FF ...

Capitolo 3: Procedura

Art. 6 Procedura di conciliazione e di mediazione

¹ L'Autorità centrale o il tribunale cantonale adito avvia una procedura di conciliazione o di mediazione allo scopo di ottenere la consegna volontaria del minore o facilitare una soluzione in via amichevole.

² Le persone interessate sono adeguatamente esortate a partecipare a questa procedura.

Art. 7 Misure di protezione

¹ Il tribunale a cui è inoltrata la domanda in vista del ritorno del minore

- a) designa un curatore al minore per le questioni riguardanti la procedura;
- b) regola, se necessario, le relazioni personali del minore con i genitori e ordina le misure necessarie a proteggere il minore.

² Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 nel Cantone di soggiorno del minore è competente per ordinare, in quanto necessario, queste misure, se l'Autorità centrale ha ricevuto una domanda di ritorno ma tale domanda non è ancora pendente davanti a questo tribunale. L'Autorità centrale può richiedere tali misure al tribunale.

Art. 8 Procedura giudiziaria

¹ Se la procedura di conciliazione o di mediazione non permette di giungere a una soluzione consensuale che porti al ritiro della domanda, il tribunale cantonale decide sulla domanda.

² Il tribunale ascolta il minore personalmente e in maniera adeguata o incarica uno specialista, a meno che la sua età o altri motivi gravi vi si oppongano.

³ Il tribunale, nella misura del possibile, ascolta entrambi i genitori personalmente.

⁴ Il tribunale accerta, se del caso in collaborazione con l'Autorità centrale, se e in che modo può essere eseguito il ritorno del minore nello Stato in cui aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento.

Art. 9 Collaborazione

Il tribunale collabora se necessario con le autorità competenti dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, soprattutto per informarsi su quali misure tali autorità possono adottare per proteggere il minore.

Art. 10 Informazione

Il tribunale informa l'Autorità centrale sulle principali fasi procedurali e comunica alla stessa la sua decisione.

Art. 11 Spese

L'articolo 26 della Convenzione dell'Aia del 1980 è applicabile al pagamento delle spese della procedura di conciliazione e di mediazione nonché a quelle della procedura giudiziaria davanti alle istanze cantonale e federale.

Capitolo 4: Decisione

Art. 12 Ritorno e interesse del minore

Il ritorno mette il minore in una situazione intollerabile ai sensi dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione dell'Aia del 1980 segnatamente se:

- a) il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde manifestamente all'interesse del minore;
- b) il genitore rapitore, tenuto conto di tutte le circostanze, non è in grado di prendersi cura del minore nello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, o ciò non può essere ragionevolmente preteso da lui; e
- c) il collocamento presso terzi non corrisponde manifestamente all'interesse del minore.

Art. 13 Opinione del minore

L'opinione del minore ai sensi dell'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione dell'Aia del 1980 è determinante anche quando si basa sulle circostanze del rapimento e sulle condizioni di accoglienza in Svizzera, tenendo conto tuttavia dell'influenza diretta esercitata dal genitore che si oppone al ritorno.

Art. 14 Decisione di ritorno

¹ Nella decisione di ritorno vengono disposte misure di esecuzione. La decisione va comunicata alle autorità preposte all'esecuzione.

² La decisione di ritorno e le misure di esecuzione sono valide in tutta la Svizzera.

Art. 15 Esecuzione e interesse del minore

L'autorità incaricata di eseguire la decisione di ritorno agisce prendendo in considerazione l'interesse del minore e cerca di favorire un ritorno volontario.

Art. 16 Rinvio dell'esecuzione

Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può rinviare l'esecuzione della decisione di ritorno se sono sopravvenute delle circostanze straordinarie che vi si oppongono.

Art. 17 Modifica

¹ Se dopo la decisione di ritorno le circostanze sono sostanzialmente mutate dal profilo dei motivi che si oppongono al ritorno, il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può, su domanda, modificare la decisione.

² Il tribunale decide anche sull'annullamento dell'esecuzione.

Commentaire des dispositions du projet de loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants

Article premier Objet

En principe, la loi doit s'appliquer à tous les enlèvements d'enfants comportant des éléments internationaux (art. premier LDIP). Cela concerne, dans la plupart des cas, des enlèvements auxquels s'applique la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.²⁶ Certaines dispositions ne doivent trouver application que si cette Convention doit être appliquée (art. 10 à 12). La loi est toutefois également valable par rapport à la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants.²⁷ Certaines dispositions concernant surtout la procédure peuvent également s'appliquer lorsque aucune convention internationale n'entre en ligne de compte.

La loi fédérale ne modifie en rien la doctrine moniste qui prévaut en Suisse. Les dispositions des conventions citées demeurent immédiatement applicables. La loi a pour but de régler certaines questions à titre complémentaire, avant tout en vue de la procédure et de l'exécution de décisions de retour, et de préciser le sens et le but de la Convention de La Haye sur certains points.²⁸

Article 2 Autorité centrale

La désignation de l'Office fédéral de la justice en tant qu'Autorité centrale telle que prévue dans les deux conventions n'était pas réglée par la loi. L'article 2 apporte cette clarification.

Article 3 Instance cantonale

La correction nécessaire de la durée souvent excessive des procédures exige la mise à disposition d'une seule instance au plan cantonal (al. 1). Puisqu'il s'agit de procédures pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, il doit s'agir de l'autorité cantonale de recours (cour suprême, tribunal cantonal).²⁹ Cette instance décide selon une procédure simple et rapide régie, pour le surplus, par le droit cantonal.

La compétence de cette instance cantonale couvre toutes les décisions à prendre par rapport à un enfant enlevé. Mise à part la décision portant sur la demande de retour, en font partie également toutes les mesures de protection nécessaires, y compris la réglementation des relations personnelles entre parents et enfants pendant la procédure, la désignation d'un représentant de l'enfant, ainsi que les décisions au sujet de l'exécution du retour. Si une procédure de divorce devait être simultanément pendante en Suisse, la compétence de l'instance compétente en matière d'enlèvement prévaut. Lorsque la décision concernant le retour de l'enfant est attaquée devant le Tribunal fédéral, le tribunal cantonal reste compétent pour d'éventuelles décisions de protection ou pour leur adaptation. Il décide également de telles mesures jusqu'à la fin de la procédure, c'est-à-dire jus-

²⁶ RS 0.211.230.02

²⁷ RS 0.211.230.01

²⁸ La loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 22 juin 2001 (RS 211.221.31) assume une fonction analogue.

²⁹ Cf. art. 75, al. 2, de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2007.

qu'au moment où le retour a eu lieu. Si le retour de l'enfant est définitivement refusé, la compétence relative aux aspects touchant l'enfant passe aux tribunaux ordinaires.

Les autorités locales des communes et districts sont souvent dépassées par l'exécution du rapatriement de l'enfant enlevé. Les cantons devraient désigner une seule autorité bénéficiant des connaissances spécialisées nécessaires qui lui permettent d'exécuter de telles mesures (al. 2).

Article 4 Compétence

La compétence en raison du lieu se trouve dans le canton de séjour de l'enfant enlevé (al. 1). Le principe selon lequel une compétence, une fois établie, ne devient pas caduque à la suite du déplacement du point de rattachement déterminant (*perpetuatio fori*) s'applique également ici. Cela peut s'avérer peu pratique dans certains cas, avant tout lorsque le nouveau lieu de séjour de l'enfant et du parent auteur de l'enlèvement se trouvent dans une autre région du pays. Le tribunal compétent doit dès lors disposer de la possibilité de demander au tribunal compétent en matière d'enlèvement d'enfants au nouveau lieu de séjour s'il accepte de reprendre le cas. Dans l'affirmative et si les parties acceptent également le transfert au tribunal du nouveau lieu de séjour, la procédure peut être cédée à ce tribunal (al. 2).

La possibilité de déplacer un cas avec l'accord des parties et du tribunal requis dans un autre canton s'ouvre également lorsque le canton de séjour de l'enfant est un canton de petite taille dont le tribunal compétent ne dispose d'aucune ou que de peu d'expérience en matière d'enlèvements. Dans de tels cas, il est préférable de céder le cas au tribunal compétent d'un canton voisin qui dispose de plus de connaissances professionnelles et pour autant que ce tribunal ainsi que les parties donnent leur accord.

Article 5 Experts

L'Autorité centrale s'efforce de mettre en place un réseau d'experts et d'institutions qualifiées et de soutenir son activité (al. 1). Les représentants de la Confédération et des cantons disposent des connaissances et contacts nécessaires afin de choisir les experts en fonction de leurs qualifications et de leur disponibilité. On ferait ainsi naître, avec de l'aide privée, une organisation structurée selon les régions linguistiques qui pourrait être sollicitée dans des cas d'enlèvements d'enfants pour fournir des services de conseil, conciliation et médiation. Elle devrait aussi englober des personnes qualifiées en matière de représentation des enfants ou de curatelle dans des cas d'enlèvement d'enfants. Une telle organisation doit être limitée quant au nombre afin qu'elle puisse fonctionner de manière satisfaisante au plan opérationnel. Cela n'exclut pas que ce réseau dispose d'autres contacts avec des experts et institutions qui pourraient être sollicités en deuxième ligne à travers le réseau ou directement par les tribunaux ou les parties. Si le réseau est mis en place, il sera possible de demander dans chaque nouveau cas d'enlèvement une première analyse de la situation à certains experts ou à un groupe d'experts et de procéder ensuite, lorsque cela paraît indiqué, à une conciliation ou médiation avant que la procédure judiciaire ne soit entamée.

A l'instar des dispositions relatives aux activités de conseil en cas d'adoptions internationales³⁰, la Confédération peut accorder des aides financières à cette organisation privée placée sous le contrôle de la Confédération et des cantons (al. 2). On peut également s'attendre à obtenir une contribution de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales.

³⁰ Art. 21 de la loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (RS 211.221.31).

Article 6 Procédure de conciliation et de médiation

En application de l'article 7, lettre c, et de l'article 10 de la Convention de La Haye, il faut accorder la priorité, dans une première phase, à la remise volontaire de l'enfant ou à la recherche d'un accord à l'amiable (al. 1). L'initiative peut partir de l'Autorité centrale. Elle incombera toutefois, dans beaucoup de cas, au tribunal dès que celui-ci est saisi de la demande (par le biais de l'Autorité centrale ou directement par le requérant). Le tribunal se borne dans un premier temps à nommer un curateur à l'enfant (s'il n'a pas déjà été nommé auparavant) et d'ordonner, le cas échéant, d'autres mesures de protection. Le tribunal s'emploie avant tout à initier une procédure de conciliation ou de médiation, sauf si une telle procédure avait déjà été initiée par l'Autorité centrale et si une nouvelle tentative ne promet plus aucun succès. Le tribunal est libre dans le choix de la voie à suivre, mais il se fera conseiller, pour des raisons évidentes, par les experts qui ont déjà pris connaissance du cas dans le cadre du réseau mentionné à l'article 5. Dans quelques cas, la conciliation peut également être dirigée par le tribunal.

Quant à l'aménagement de la procédure de conciliation ou de médiation, les intéressés s'en tiennent aux données existantes au plan cantonal et aux modalités de négociation utilisées en pratique. Une attention particulière sera vouée à la vulnérabilité de l'enfant et à la tension émotionnelle des parents. Au regard de l'obligation d'accélérer la procédure prévue par la Convention de La Haye, le tribunal doit fixer des limites dans le temps pour ces tentatives. Le tribunal est informé de la fin des tentatives. Des faits révélés ou des avis émis par les intéressés ne peuvent être transmis au tribunal que si les intéressés donnent leur accord.

Une grande importance sera attachée à la participation active de tous les intéressés (al. 2). Elle doit aller de soi pour le parent auteur de l'enlèvement. L'enfant doit également être associé. Il sera parfois difficile de motiver un parent habitant un Etat très éloigné pour qu'il vienne en Suisse. Sa présence faciliterait pourtant souvent le règlement de l'affaire. Dans la mesure du possible, il faudrait également accorder un soutien financier puisque un accord conclu à l'amiable permet de réaliser une économie notable au niveau des frais.

Article 7 Mesures de protection

Le besoin de prendre les premières mesures se manifeste dans un stade très précoce de la procédure, en tout cas dès que le tribunal a connaissance de la demande de retour de l'enfant enlevé (al. 1). En tant que première mesure, le tribunal devrait nommer un curateur à l'enfant (lit. a). Celui-ci représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour. Le curateur ne devrait non seulement disposer des connaissances juridiques nécessaires en cas d'enlèvement d'enfant, il devrait également être apte à conseiller et à écouter des enfants et comprendre les origines culturelles, sociales et familiales de l'enfant concerné. Les tribunaux doivent vérifier ces exigences lors du choix du représentant de l'enfant en veillant à ce que le curateur soit capable, grâce à son expérience, de sauvegarder les intérêts de l'enfant sans dépendre des parents ou se laisser influencer à outrance par eux. Le réseau mentionné à l'article 5 doit faciliter l'accès aux représentants d'enfants qualifiés. L'enfant participe à la procédure en qualité de partie. S'il est capable de discernement, il peut désigner lui-même un représentant.

Le tribunal règle, si nécessaire, également le droit de visite du parent resté dans l'Etat de provenance. Ce premier contact sert également à créer une base de confiance envers le tribunal et peut faciliter plus tard l'engagement de discussions de conciliation. Le tribunal est par ailleurs compétent pour prendre encore d'autres mesures de protection de l'enfant (lit. b).

Dans certains cas, il peut être sensé de désigner un curateur à l'enfant ou d'ordonner d'autres mesures de protection bien qu'aucune demande retour n'ait encore été déposée devant le tribunal cantonal compétent. S'il s'agit d'un cas d'enlèvement porté à la connaissance de l'Autorité centrale, celle-ci doit pouvoir demander des mesures de protection à ce tribunal, de même que les parents

touchés (al. 2). Ceci permettrait avant tout à l'enfant de disposer d'un représentant capable de défendre ses intérêts dans une procédure de conciliation ou de médiation initiée par l'Autorité centrale.

Article 8 Procédure judiciaire

Si la tentative de conciliation ou de médiation échoue, la procédure de décision judiciaire débute et devrait prendre fin, en règle générale, dans les six semaines qui suivent (al. 1).

L'enfant doit être entendu, l'audition a lieu d'office en cas d'absence d'une requête (al. 2).³¹ Par ailleurs, il faut respecter la pratique qui s'est formée dans le cadre des articles 144, alinéa 2, et 314, chiffre 1, CC pour ce qui concerne le déroulement de l'audition et les exceptions éventuelles par rapport au principe de l'audition. Le tribunal peut confier l'audition à des experts disposant de l'expérience nécessaire en matière d'évaluation d'enfants enlevés.

Dans la mesure du possible, le tribunal entend les deux parents personnellement (al. 3). Il y a lieu de faciliter le voyage en Suisse au parent vivant à l'étranger, le cas échéant également au plan financier. La présence des deux parents peut être déterminante pour la compréhension de la situation de l'enfant. Elle permet au tribunal de se faire de manière immédiate une image des conditions de vie dans l'Etat de provenance de l'enfant. Il faudrait éviter, dans la mesure du possible, que le parent vivant dans un pays lointain doive effectuer deux voyages en Suisse. La procédure doit dès lors être aménagée de telle sorte que la procédure décisionnelle peut être immédiatement reprise par l'audition des parties à la suite d'un échec des tentatives de conciliation.

Une partie importante des investigations menées par le juge porte sur la question de savoir si et de quelle manière l'enfant peut être rapatrié dans l'Etat dans lequel il avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (al. 4). L'audition personnelle des intéressés fournit des renseignements importants, mais il faut utiliser tous les canaux disponibles. A cet effet, il faut notamment se servir du contact par le biais de l'Autorité centrale et avec le réseau qui sera constitué afin de faciliter l'obtention de renseignements sur la situation dans l'Etat de provenance.

Article 9 Collaboration

Une voie particulièrement utile en vue de l'obtention de renseignements sur la situation qui attend l'enfant en cas de rapatriement passe par le contact avec les autorités locales, assuré en général par l'Autorité centrale suisse. Le tribunal compétent peut notamment avoir besoin d'apprendre de la part d'une entité neutre des informations sur les conditions d'accueil de l'enfant auprès du demandeur ou à un autre endroit où l'enfant est censé vivre avec sa mère, ou encore un endroit où le placement auprès de tiers entrerait en ligne de compte. Si ces informations ne sont pas satisfaisantes par rapport à l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de demander aux autorités compétentes dans l'Etat de provenance si elles sont disposées à ordonner ou à garantir les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant. La décision portant sur la demande de retour exige une connaissance approfondie de la situation d'accueil qui attend l'enfant.

Article 10 Information

L'Autorité centrale ne peut assumer correctement ses fonctions d'unité d'information, d'intermédiaire et de contact que si elle est également tenue régulièrement informée du déroulement de la procédure. Pour cette raison, le tribunal doit la renseigner sur les phases essentielles de la procédure et lui communiquer également la décision. Les détails doivent être réglés d'une commune entente. Pour le surplus, l'Autorité centrale peut de sa propre initiative ou à la demande de l'autori-

³¹ Pour une décision divergente concernant l'art. 144, al. 2 CC, cf. ATF 23.9.2005, 5C.209/2005, cons. 3.

té centrale de l'Etat de provenance demander les motifs qui n'ont pas permis de mettre un terme au cas dans le délai de six semaines (art. 11, al. 2, de la Convention de La Haye). Elle a également le droit de participer à la procédure cantonale dans la mesure où la décision pourrait violer la législation fédérale qui relève de son domaine d'attributions (art. 111, al. 2, LTF).

Article 11 Frais

L'article 11 se réfère à l'article 26 de la Convention de La Haye qui dispose que l'activité de l'autorité centrale et des tribunaux est en principe sans frais pour les parties intéressés. Il y a lieu d'ajouter que la pratique suisse n'accorde pas la gratuité si l'Etat qui demande le rapatriement de l'enfant a émis une réserve par rapport à ce principe. L'article 11 de la loi ajoute que le principe de la gratuité s'étend également aux procédures de conciliation et de médiation, au même titre que la procédure judiciaire proprement dite. Il clarifie par ailleurs que le recours au Tribunal fédéral fait partie de la procédure au sens de l'article 26, alinéa 2, de la Convention.³²

Les améliorations prévues portant sur la procédure peuvent engendrer des coûts supplémentaires, en particulier en ce qui concerne l'organisation du réseau d'experts, les tentatives de conciliation et de médiation, ainsi que le soutien financier accordé au demandeur afin de lui permettre de venir en Suisse. Par ailleurs, la participation de l'Autorité centrale à la procédure et la mise sur pied et l'accompagnement du réseau d'experts exigent l'augmentation de la dotation en personnel de cette autorité qui travaille actuellement à la limite de ses capacités (un peu moins que 2,0 postes). Il faut toutefois comparer ces coûts supplémentaires au gain nettement supérieur obtenu grâce au fait qu'on réussit à amener les intéressés à un accord à l'amiable. On n'épargne non seulement de grandes souffrances à l'enfant, on décharge également les organes étatiques, les services sociaux et les assurances des frais qui seraient liés à un rapatriement forcé et qui peuvent encore surgir après l'exécution du retour si l'enfant doit subir des préjudices physiques ou psychiques qui seront inévitablement à la charge des pouvoirs publics ou des assurances.

Article 12 Retour et intérêt de l'enfant

Afin d'assurer une application de la Convention de La Haye mieux adaptée à l'enfant, il s'avère nécessaire que le législateur détermine une catégorie de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne devrait plus avoir lieu parce qu'il placerait l'enfant dans une situation manifestement intolérable. La réglementation de l'article 12 ne doit pas remplacer l'article 13, alinéa 1, lettre b, de la Convention. Le terme de "notamment" renvoie au fait qu'il ne s'agit que d'un cas d'application, bien qu'il soit important, qui n'empêche par ailleurs pas l'invocation de la règle posée par la Convention.

La clarification opérée à l'article 12 se réfère à des cas dans lesquels l'hébergement auprès du parent qui demande le retour ne correspond visiblement pas à l'intérêt de l'enfant (lit. a). Si tel n'est pas le cas, en particulier lorsque le demandeur est le seul parent responsable de la prise en charge parentale ou s'il entre en ligne de compte pour l'attribution de cette responsabilité, il faut en principe pas s'attendre à ce que l'enfant soit placé dans une situation intolérable lors de son retour, de sorte qu'il n'existe pas de raison justifiant le refus du retour. La situation doit par contre être taxée de critique lorsque le tribunal en Suisse parvient à la conclusion que l'hébergement auprès du demandeur est intolérable pour l'enfant.

³² Jusqu'ici, le recours de droit public en tant que moyen extraordinaire était exclu du champ d'application de cette disposition: ATF 131 III 334 ss, 344. Cette pratique a été critiquée, cf. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002*, AJP 2002 p. 1325-1339 (1337); observations Bucher, RSDIE 2002 p. 312 s., 2003 p. 419-421, 2005 p. 425, AJP 2002 p. 478 s., 2005 p. 115, 751.

Si l'accueil de l'enfant par le demandeur n'entre à l'évidence pas en ligne de compte, la problématique du retour éventuel de l'enfant dans l'Etat de provenance se présente de manière différente en fonction de l'existence ou non de la possibilité du parent auteur de l'enlèvement (très souvent la mère) d'y retourner également. Dans la négative, par exemple parce que l'auteur de l'enlèvement risque dans cet Etat une peine d'emprisonnement qui entraîne la séparation entre le parent et l'enfant ou qu'il existe un lien familial très étroit avec la Suisse (par exemple à la suite d'un remariage ou de la situation de détresse d'un autre membre de la famille qui vit ici), la situation au niveau de l'équilibre psychique et physique de l'enfant peut devenir très périlleuse parce qu'il devrait vivre, à la suite de son retour, séparé des deux parents. Une telle séparation des deux parents n'est tolérable que dans des situations exceptionnelles et présente une *ultima ratio*, ce qui est généralement reconnu en droit de protection des mineurs.

Un deuxième groupe de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut être apprécié que dans le contexte de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement couvre des situations dans lesquelles on ne peut visiblement pas attendre du parent auteur de l'enlèvement, compte tenu de l'ensemble des circonstances, qu'il prenne en charge l'enfant dans l'Etat dans lequel ce dernier vivait immédiatement avant l'enlèvement (lit. b). Il ne suffit pas que l'auteur de l'enlèvement déclare qu'il refuse d'y retourner. Il faut qu'il s'agisse d'une situation de détresse dans laquelle on ne saurait raisonnablement attendre du parent auteur de l'enlèvement qu'il retourne à son lieu de vie antérieur afin d'y attendre la réglementation définitive du droit de garde qui doit être fixée par le tribunal. Il faut d'abord songer à des cas dans lesquels on ne peut pas assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. Entrent ensuite en ligne de compte également les cas dans lesquels le parent qui demande le retour ne reprendra pas le droit de garde et ne l'obtiendra pas non plus par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est clairement la personne qui s'occupe en premier de la prise en charge de l'enfant. Dans un tel cas, le retour reviendrait à ce que l'enfant ne doit être reconduit dans l'Etat de provenance que pour y attendre l'attribution définitive du droit de garde au parent auteur de l'enlèvement avant de retourner à nouveau en Suisse avec ce dernier. Un tel aller-retour sert uniquement au but de soumettre jusqu'à l'extrême l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. La Convention de La Haye ne couvre pas, de par son sens et son but, une telle solution incompatible avec l'intérêt de l'enfant. La situation doit toutefois être évidente pour le tribunal saisi de la demande de retour en Suisse. Si l'état de fait n'est pas sans équivoque, il faut juger que le retour du parent auteur de l'enlèvement est supportable, ce qui a pour conséquence qu'il ne se produit pas de situation intolérable pour l'enfant qui remplirait les conditions du motif de refus de l'article 13, alinéa 1, lettre b, de la Convention.

Si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation de l'auteur de l'enlèvement (parce que le retour ne lui est pas possible ou ne peut pas être attendu de lui), il ne pourrait raisonnablement être exécuté que si l'enfant peut être accueilli lors de son retour en placement auprès de tiers. Une telle solution ne doit être cherchée et donc conduire à la décision de retour rendue par le tribunal suisse lorsqu'elle n'est pas visiblement contraire à l'intérêt de l'enfant (lit. c). Cette troisième condition présuppose que la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant, ce qui peut être le cas lorsque la relation avec ce parent est également chargée de conflits et si la famille de placement disposé à l'accueillir offre toute garantie quant à la protection et au développement de l'enfant. Le fait demeure qu'une telle solution n'entre en ligne de compte qu'à titre de *ultima ratio*.

Les conditions énoncées à l'article 12 exigent à plusieurs égards des connaissances portant sur la situation et le droit applicable dans l'Etat de provenance. Les parties, en particulier les deux parents, ont un devoir de participation à l'établissement des faits. L'audition personnelle par le tribunal telle que prévue par la loi (art 8, al. 3) revêt une grande importance à cet égard. Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et la coopération avec les autorités compétentes dans l'Etat de provenance sont également très importantes. Le tribunal devrait savoir si et de quelle manière le rapatriement de l'enfant peut être exécuté (art. 8, al. 4). S'il ne réussit pas ou en partie seulement à le savoir, il en résulte indirectement des répercussions sur l'appréciation des conséquences d'un retour éventuel pour l'enfant dans le cadre de l'article 12. Il peut en aller sensiblement de même s'il

est impossible d'obtenir, de la part des autorités locales, des assurances fiables quant à l'accueil et la protection de l'enfant, en particulier lorsqu'il existe des doutes fondés au sujet de la capacité du demandeur d'assumer lui-même la prise en charge de l'enfant. La disposition de l'article 9 est donc directement liée à l'application pratique de l'article 12.

Article 13 Opinion de l'enfant

Cette disposition confirme, au regard de la pratique suisse, que l'opinion de l'enfant doit être appréciée dans sa globalité même si l'enfant se réfère entre autres aux causes et au déroulement de l'enlèvement ou englobe les circonstances de son accueil en Suisse dans la formation de sa volonté. On ne saurait toutefois se baser sur la volonté de l'enfant opposé à son retour lorsque celle-ci est déterminée par autrui puisque l'auteur de l'enlèvement a influencé directement et à l'évidence l'opinion de l'enfant.

Article 14 Décision sur le retour

Si le tribunal décide en faveur du demandeur le retour de l'enfant, il règle également les détails de l'exécution de telle manière qu'aucune nouvelle procédure judiciaire relative à l'exécution ne devient nécessaire (al. 1). Les parties, y compris l'enfant ou son représentant, ont le droit d'être entendu également au sujet de l'ordre d'exécution. La décision sur le retour et l'ordre d'exécution sont applicables dans toute la Suisse (al. 2). Ils ne peuvent plus être remis en question à la suite d'un déplacement du domicile dans un autre canton.

Les mesures d'exécution doivent être ordonnées de telle manière qu'elles restent praticables également au cas d'un retard causé par un recours adressé au Tribunal fédéral. Si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral ordonne les nouvelles mesures nécessaires. Lors de la fixation des différentes mesures, il faut prendre en considération qu'il faut procéder à l'exécution dans le respect de l'intérêt de l'enfant et que l'organe chargé de l'exécution doit disposer de l'occasion et du temps nécessaires pour œuvrer dans le sens d'une exécution volontaire (art. 15). Il est recommandé de consulter l'autorité cantonale chargée de l'exécution ainsi que l'Autorité centrale.

Article 15 Exécution et intérêt de l'enfant

De même que le retour en tant que tel, son exécution ne doit pas être opérée d'une manière traumatisante pour l'enfant qui l'exposerait à un danger psychique ou physique. Il faut donc prendre en considération l'intérêt de l'enfant.

L'exécution volontaire représente la meilleure voie de la concrétisation de l'intérêt de l'enfant. Il faut inciter les deux parents à s'engager d'un commun accord sur le retour et d'éviter ainsi à l'enfant l'exécution par de tierces personnes.

Article 16 Sursis à l'exécution

Si des circonstances extraordinaires imprévisibles se produisent, elles peuvent engendrer une situation dans laquelle l'exécution doit être suspendue ou différée. Il faut penser par exemple à une maladie qui touche l'enfant ou une autre personne prévue pour la fonction de personne d'accompagnement proche de l'enfant. En font partie également des difficultés imprévues qui se sont manifestées dans l'Etat de retour, par exemple des événements de guerre, des catastrophes naturelles ou la maladie de personnes désignées pour accueillir l'enfant.

Article 17

A l'instar de ce qui est généralement possible dans le domaine des mesures de protection des mineurs, la décision ordonnant la remise d'un enfant doit pouvoir être reconsidérée dans des limites étroites. S'il s'agit d'une constatation clairement lacunaire de faits déterminants pour la décision, la voie de la révision selon le droit de procédure applicable reste ouverte. Il peut y avoir également des faits nouveaux qui modifient l'état de fait d'une manière tellement importante qu'une nouvelle décision s'impose (al. 1). Elle ne saurait toutefois dépasser le cadre fixé par la Convention; à ce stade également, ce sont les mêmes motifs susceptibles d'empêcher le retour de l'enfant que ceux qui prévalent dans toute autre procédure d'enlèvement d'enfant. En général, une situation conduisant à la modification de la décision de retour ne se présente que si un certain laps de temps s'est écoulé entre la décision et l'exécution (manquée ou non demandée). Les faits nouveaux peuvent se rapporter à une modification essentielle intervenue au niveau de la situation familiale de l'enfant par rapport à l'un des deux ou aux deux parents même, ou ils concernent une dégradation importante de la situation dans l'Etat étranger dans lequel l'enfant devrait retourner. Il faut également songer au cas où l'enfant a atteint entre-temps un âge et une maturité qui exigent que son opinion et en particulier son refus du retour soient pris en considération. Dans de tels cas, il y a lieu tout d'abord de suspendre l'exécution de la décision initiale portant sur le retour (al. 2). La nouvelle procédure se déroule ensuite conformément aux dispositions de la Convention et de la loi, tout comme chaque procédure de rapatriement selon la Convention de La Haye. Si le tribunal parvient à la conclusion que les faits nouveaux avancés ne suffisent pas pour justifier le refus du retour, celui-ci est confirmé et les mesures d'exécution sont adaptées en conséquence. Si le refus du retour est définitivement confirmé, il n'y a pas seulement lieu de suspendre l'exécution, mais également d'annuler la décision de retour en tant que telle.

III. Propositions pour une adaptation de la Convention de La Haye de 1980

Sur la base de ce qui a été exposé jusqu'ici, la commission propose que la Suisse présente à la Conférence de La Haye de droit international privé, dans le prolongement de la motion Leuthard du 8 mai 2003 (03.3435 – Bien de l'enfant et Convention de La Haye), une proposition visant à compléter la Convention sous une forme adéquate dans le sens suivant:

1. Il y a lieu de déterminer en détail les procédures et les mesures susceptibles de favoriser le retour volontaire au sens de l'article 10, en tenant notamment compte des méthodes de la conciliation et de la médiation.

2. Il y a lieu de réduire le délai d'un an prévu à l'article 12, alinéa 1.

3. Il y a lieu d'arrêter en détail la procédure et les mesures en vue du retour sûr de l'enfant selon article 7, alinéa 2, lettre h, ainsi que le règlement du droit de visite (art. 21), ceci à partir des conclusions tirées par la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980³³ et à la suite du document de travail co-signé par la Suisse lors de la rencontre précédente.³⁴

4. Il y a lieu de créer des règles complémentaires permettant aux autorités de l'Etat vers lequel l'enfant a été enlevé d'obtenir des informations sur le règlement du droit de garde et sur les relations entre l'enfant et ses parents ainsi que sur le bien-être de l'enfant à la suite de son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle.

5. La portée de l'article 13, alinéa 1, lettre b, doit être précisée dans ce sens que la relation entre le principe du retour de l'enfant enlevé et l'intérêt de l'enfant sera clarifiée.

Ce motif de refus doit être compris de telle manière que le retour place l'enfant dans une situation intolérable notamment lorsque le placement auprès du parent demandeur ou auprès d'un tiers ne correspond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant et que le parent auteur de l'enlèvement ne peut pas retourner avec l'enfant ou qu'on ne saurait raisonnablement l'attendre de sa part.

Ce motif de refus doit notamment empêcher le retour lorsque le parent demandeur ne vise pas à ce que l'enfant lui soit confié lors de son retour, mais qu'il entend assurer son droit aux relations personnelles avec l'enfant ou le régler à nouveau d'une manière appropriée, et lorsque les autorités de l'Etat vers lequel l'enfant a été enlevé garantissent ce droit de contact et de visite de manière adéquate.

³³ Cf. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), ch. 1.13 et 5.1, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, Annexe 1.

³⁴ Cf. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), Annexe II, Document de travail No 20, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, Annexe 1.

Rapport complémentaire

rédigé par

Andreas Bucher

Professeur à l'Université de Genève

Président de la commission

A côté du mandat de répondre aux questions posées dans le postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004, la commission a également été chargée de présenter des propositions visant à améliorer, au plan législatif et pratique, le traitement de cas d'enlèvement d'enfants en tenant notamment compte des possibilités d'appliquer les dispositions de la Convention de La Haye de 1980 de manière mieux adaptée aux enfants.

La pratique actuelle en matière d'application de la Convention en Suisse et un des points cardinaux inhérents aux interventions parlementaires exigent avant tout un examen de la procédure de retour d'enfants enlevés. D'une part, il y a lieu d'évaluer le déroulement et la durée de la procédure (1). D'autre part, il faut aborder la question de savoir si et dans quelle mesure les intérêts de l'enfant peuvent être déterminés de manière plus approfondie que ce n'était le cas jusqu'ici (2). La demande figurant dans les interventions parlementaires qui vise une application de la Convention mieux adaptée à l'enfant concerne également l'appréciation objective des demandes de retour d'enfants enlevés (3), le rôle de la volonté de l'enfant qui s'oppose au retour (4), ainsi que l'exécution de décisions de rapatriement (5). La commission a également examiné la question portant sur les mesures adéquates de prévention des enlèvements d'enfants (6).

1. Réduire la durée de la procédure et rendre celle-ci plus efficace

1.1 Durée de la procédure

a) Situation de départ

En répondant à des interventions parlementaires plus anciennes, le Conseil fédéral avait déjà admis que la durée des procédures relatives à des cas d'enlèvements d'enfants était *trop longue*, à savoir entre 9 et 12 mois.³⁵ La même appréciation apparaît dans le contexte d'interventions parlementaires plus récentes. La doctrine a relevé la durée excessivement longue des procédures à maintes reprises.³⁶

La Convention exige que les Etats contractants recourent à leurs procédures d'urgence (art. 2) et qu'ils procèdent d'urgence (art. 11, al. 1) afin de permettre le retour immédiat (art. 12, al. 1), étant entendu que le dépassement d'un délai de six semaines est considéré comme "retard" (art. 11, al. 2). On peut partir du principe que ce délai est applicable séparément à toute instance.

Sur la base de dix arrêts récents du Tribunal fédéral,³⁷ on peut constater qu'une procédure relative à un enlèvement d'enfant qui parcourt deux instances cantonales et le Tribunal fédéral dure en moyenne *10 mois*, les valeurs extrêmes étant 3 mois et 14 mois. Le Tribunal fédéral statue en général dans un délai de six semaines. Le problème des procédures excessivement longues se pose dès lors exclusivement dans les cantons. La procédure de première instance est de par sa nature un peu plus longue puisqu'elle englobe la constatation initiale de l'état de fait. Il faut également tenir

³⁵ Réponse du 8.6.1998, BO CN 1998 p. 1592.

³⁶ Cf. Hans Kuhn, "Ihr Kinderlein bleibt, so bleibt doch all", Neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, AJP 1997 p. 1093-1105 (1104); Bertrand Reeb, L'enlèvement international d'enfants par un parent en Suisse, RJN 2002 p. 13-34 (27 s.); observations Bucher, RSDIE 2003 p. 421-423. Selon Carla Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 p. 1325-1339 (1337), les procédures durent trop longtemps dans 40 sur 60 cas.

³⁷ Arrêts: 11.4.2002, 5P.65/2002; 18.11.2002, 5P.310/2002; 23.12.2002, 5P.445/2002; 31.1.2003, 5P.263/2002; 27.3.2003, 5P.71/2003; 23.4.2003, 5P.128/2003; 15.10.2004, 5P.354/2004; 17.12.2004, 5P.437/2004; 22.3.2005, 5P.1/2005; 18.8.2005, 5P.254/2005.

compte du fait que la durée des procédures ne dépend pas que des tribunaux, elle s'explique dans une mesure non négligeable par le fait que les délais de recours sont relativement longs et que l'affaire est parfois renvoyée à l'instance inférieure.³⁸ Il faut encore plus de temps s'il y a lieu de rendre une décision d'exécution séparée contre laquelle il est possible de recourir à nouveau.

Les organes de coordination mis en place dans chaque canton en 2000 à la suite d'une suggestion de la Confédération n'ont pas eu de succès à cet égard, en particulier puisque la possibilité d'influencer les procédures individuelles leur fait défaut.

Les enlèvements d'enfants conduisent souvent à des situations très difficiles à supporter par les intéressés et ressentis parfois comme événement dramatique ou traumatisant. L'expérience montre que ces situations 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. La cause principale des difficultés rencontrées en pratique ne réside moins dans l'interprétation concrète 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.

En 1998 déjà, le Conseil fédéral faisait remarquer que la réduction des instances prévues dans les cantons représente un moyen important permettant de réduire la durée des procédures et de mettre en œuvre l'accélération des procédures imposée par la Convention. La commission estime qu'il est urgent d'atteindre cet objectif le plus rapidement possible.³⁹

b) Cantons

La commission propose que des demandes de retour d'enfants enlevés doivent être traités dans chaque canton par une *instance unique*. Chaque canton doit désigner cette instance. Il faut qu'il s'agisse de l'autorité cantonale de recours (Cour suprême, Tribunal cantonal). Les cantons doivent également désigner une autorité unique pour l'exécution des décisions de retour.

La réduction des instances au plan cantonal présente l'avantage essentiel que les procédures d'enlèvement d'enfant sont réunies auprès d'une seule instance. De telles procédures ne sont pas très fréquentes et exigent des connaissances particulières qu'on ne retrouve pas dans tous les tribunaux de district ou d'arrondissement.

La commission a examiné la question de savoir si la procédure ne pourrait pas être accélérée encore davantage. Dans l'idéal, les 20 à 40 procédures relatives à des enlèvements d'enfants qui ont lieu chaque année pourraient être jugées par un seul tribunal au plan fédéral. Le Tribunal fédéral administratif à St-Gall s'offrirait ainsi en qualité de première instance. La commission a finalement rejeté cette solution puisqu'elle ne correspond pas à la structure fédéraliste du pays. Elle présenterait par ailleurs l'inconvénient non négligeable que ce tribunal serait parfois très éloigné du domicile de la famille et situé dans une autre région linguistique.

La structure de l'organisation judiciaire suisse exige dès lors une seule instance cantonale avec la possibilité de pouvoir recourir au Tribunal fédéral. Dans un tel système, une autre amélioration pourrait être réalisée si les tribunaux se mettaient d'accord au *plan régional* que tous les cas d'enlèvement d'enfant surgissant dans la région soient concentrés auprès du tribunal de l'un des cantons de la région. Une telle réglementation en soi souhaitable ne peut toutefois pas être prescrite

³⁸ Cf. ATF 131 III 334 ss, 336 s.

³⁹ Une réduction du nombre des instances est également recommandée par la Conférence de La Haye de droit international privé, cf. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), ch. 3.1, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, Annexe 1.

par la Confédération, elle doit être laissée à l'initiative des cantons. La commission propose uniquement qu'un tribunal cantonal puisse céder le traitement d'une demande à l'instance unique d'un autre canton si les parties et le tribunal requis acceptent.

Cette nouvelle réglementation des instances a pour conséquence que l'établissement global des faits aura lieu au sein d'une seule instance. Les parties et les tribunaux cantonaux doivent en tenir compte. Les mandataires des parties devront assumer un devoir de diligence accru lors de l'établissement et de la présentation des circonstances de fait déterminantes du cas. Pour les juges, la responsabilité et la nécessité de se doter de connaissances spécifiques nécessaires pour le traitement de cas d'enlèvement d'enfant augmentent. Aux yeux de la commission, ces conséquences sont supportables et inévitables en vue de l'exigence de l'accélération des procédures.

c) *Tribunal fédéral*

La saisine du Tribunal fédéral passe actuellement par la voie du *recours de droit public*.⁴⁰ Après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005⁴¹, il faudra utiliser le *recours en matière civile*. Y sont sujettes les décisions rendues en matière civile ainsi que les "décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil", en particulier les décisions "en matière de protection de l'enfant" (art. 72, al. 2, lit. b, ch. 7, LTF). Le recours est aussi dirigé contre les décisions rendues par les tribunaux institués en tant qu'instance cantonale unique (art. 75, al. 2, lit. a, LTF). Ont qualité pour recourir les personnes ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privées de la possibilité de le faire (art. 76, al. 1, lit. a, LTF).⁴² Dans les affaires d'enlèvement d'enfant, un tel recours sert à faire valoir la violation du droit international ou du droit fédéral⁴³ (art. 95, lit. a et b, LTF). Dans ce contexte, les constatations de fait ne peuvent être critiquées que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit, en particulier en cas de violation du droit d'être entendu, et le grief doit être susceptible d'influer sur le sort de la cause (Art. 97, al. 1 LTF).

Le législateur fédéral a prévu expressément à l'article 100, alinéa 2, lettre c, LTF que le délai de recours contre les décisions portant sur le retour d'un enfant fondées sur la Convention de La Haye de 1980 est de *dix jours*, ceci en dérogation du délai de recours généralement applicable qui est de 30 jours. Ce délai de recours est certes bref, mais supportable puisqu'il concrétise le devoir d'accélérer la procédure et que les motifs de recours disponibles sont de toute manière limités. Par ailleurs, il paraît peu sensé de remettre en question une réglementation qui vient d'être adoptée par le Parlement.

1.2 Une procédure plus efficace

Les cantons prévoient en général une procédure sommaire, mais ce n'est pas le cas partout. La voie judiciaire ordinaire n'est visiblement pas adaptée au domaine des enlèvements d'enfant. Tous

⁴⁰ ATF 120 II 222 ss, 224; 123 II 419 ss, 421.

⁴¹ RS 173.110; FF 2005 p. 3829.

⁴² Le Département fédéral de justice et police est également habilité à recourir "si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans [son] domaine d'attributions" (art. 76, al. 2 LTF). Dans ce cadre, l'autorité fédérale peut également demander à participer à la procédure cantonale (art. 111, al. 2, LTF).

⁴³ Le grief de la violation du droit fédéral inclut la Constitution fédérale et dès lors le grief de l'application arbitraire du droit cantonal (art. 9 CF). Cela peut revêtir de l'importance lorsque le règlement de l'exécution continue d'être considéré comme question relevant du droit cantonal; cf. ATF 130 III 532 s.; ATF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa; AJP 2002, p. 471, RSDIE 2002, p. 299. Le Tribunal fédéral juge toutefois avec un plein pouvoir de cognition lorsque le recourant fait valoir une violation de la Convention des droits de l'enfant afin de critiquer par ce biais indirectement l'application de la Convention de La Haye par le juge cantonal d'exécution (ATF 130 III 533 s.). Un traitement plus simple de ce motif de recours serait souhaitable, notamment au regard du fait que l'exécution de la décision de retour fait partie du contenu de la Convention de La Haye.

les cantons devraient dès lors devoir mettre en place une procédure *simple et rapide* afin de mettre en œuvre le devoir imposé par la Convention de recourir à des procédures d'urgence. D'autres détails n'ont pas à être fixés actuellement par le législateur fédéral.

Le projet d'une procédure civile fédérale (état: septembre 2005) prévoit que la procédure sommaire s'applique aux décisions selon la Convention de La Haye de 1980 (art. 304, lit. a).⁴⁴ Les dispositions du projet relatives à la procédure sommaire (art. 257 à 261) n'apportent pas beaucoup d'éléments en vue de l'aménagement concret de la procédure en matière d'enlèvement d'enfant. Dans le cadre de la révision du droit tutélaire, il est prévu d'introduire quelques rares dispositions de procédure dans le CC qui pourraient également se répercuter sur la protection des mineurs (état: 30 septembre 2005). Par ailleurs, une loi fédérale régissant la procédure devant les autorités de protection des adultes et des mineurs a été préparée, mais ce projet n'est apparemment pas poursuivi plus loin. Il paraît peu convaincant de ne pas sortir également la procédure relative aux enlèvements d'enfants de la procédure civile. Puisque les projets mentionnés se trouvent actuellement encore en phase d'élaboration, la commission n'est pas en mesure de fournir des propositions concrètes. Le moment venu, la question doit être reprise par les autorités fédérales.

Ni le choix d'une procédure simple et rapide ni l'obligation de recourir à des procédures d'urgence imposée par la Convention doivent inciter les tribunaux à juger des demandes de retour d'enfants enlevés de manière sommaire seulement et sans examen approfondi de l'état de fait et des questions juridiques posées. La proposition de ne prévoir qu'une seule instance au plan cantonal vise certes à gagner du temps. La concentration sur une instance cantonale unique devrait pourtant permettre à celle-ci de conduire la procédure avec la minutie nécessaire. Le délai de *six semaines* qui concrétise l'obligation de recourir à des procédures d'urgence représente une ligne directrice.⁴⁵ Si ce délai est dépassé, la Convention n'est pas violée, mais il se produit un "retard" qui doit être expliqué sur requête au demandeur ou à l'Autorité centrale suisse (art. 11, al. 2). Une telle explication doit également être transmise sur requête à l'autorité centrale de l'Etat de provenance.

La commission propose plusieurs solutions permettant d'aménager la procédure d'une façon mieux adaptée aux enfants, en particulier afin de trouver davantage de solutions par la voie de la conciliation ou de la médiation. Ceci peut provoquer, d'une part, un certain prolongement de la procédure tout en permettant, d'autre part, de trouver des solutions durables acceptées par tous les intéressés, ce qui correspond à nouveau à l'intérêt de l'enfant. Quant au devoir d'accélérer les procédures fait par la Convention, il y a lieu de constater qu'il ne se réfère qu'aux organes de décision (art. 11, al. 2) et non pas à toutes les mesures ordonnées par l'autorité centrale ou toute autre autorité saisie du cas visant à obtenir la remise volontaire de l'enfant (art. 10). Toutes les autorités et tous les experts sont par contre touchés par le devoir d'agir avec célérité. Cela vaut également pour toutes les tentatives de conciliation et de médiation. Pour le surplus, il sera possible expliquer aux parties et à l'autorité étrangère de manière convaincante une procédure menée avec célérité et minutie s'il devait s'avérer que le délai de six semaines est trop court.

Selon la pratique actuelle, plusieurs autorités cantonales peuvent être sollicitées en cas d'enlèvement d'enfant. En général, c'est l'autorité tutélaire qui est rendue attentive au cas à travers la question de savoir s'il y a lieu de prendre des *mesures de protection*. Les autorités tutélaires locales sont souvent dépassées par la problématique particulière de tels cas et par les connaissances nécessaires des langues. La commission propose dès lors que l'instance unique à désigner par les cantons soit également compétente pour toutes les mesures de protection liées au cas d'espèce. Cette compétence complémentaire pour prendre des mesures de protection subsiste également lorsque la

⁴⁴ Par ailleurs, l'article 305 propose les dispositions suivantes:

1. Les décisions rendues en vertu de l'article 304, lettre a sont accompagnées de mesures d'exécution.
2. Le tribunal décide dans les six semaines qui suivent la réception de la requête.
3. Il tente d'amener les parties à un accord.
4. Le tribunal examine s'il y a lieu de désigner un représentant à l'enfant."

⁴⁵ La disposition précitée de l'article 305, chiffre 2, du projet de procédure civile fédérale s'avère ainsi trop stricte.

question du rapatriement de l'enfant est soumise au Tribunal fédéral et jusqu'à l'exécution de la remise. Cette compétence prévaut encore lorsqu'une procédure de divorce est pendante en parallèle. Au regard de la fonction centrale assumée par cette autorité cantonale unique, il n'est plus nécessaire de désigner des organes de coordination cantonaux.

1.3 Le règlement du droit de visite

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. La *continuation des relations familiales* peut aider à réduire des tensions et à favoriser la compréhension pour la situation de chacune des personnes touchées.⁴⁶ On facilite ainsi indirectement une future solution basée sur une conciliation. Dans les cas où le retour paraît problématique, on peut faciliter au parent vivant dans l'Etat de la résidence antérieure de l'enfant l'acceptation d'un non-retour s'il se voit offrir 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.

Tant que la procédure d'enlèvement n'est pas terminée, le droit de visite ne peut être réglé par les tribunaux suisses que de manière passagère, puisque la compétence de le régler définitivement leur fait défaut (pas de résidence habituelle de l'enfant en Suisse; pas de possibilité de décider du droit de garde à plus long terme en vertu de l'article 16 de la Convention).

A l'instar des mesures accompagnantes de la protection des mineurs, la commission propose que le tribunal cantonal saisi de la demande de retour soit également compétent pour le règlement des relations personnelles.

L'article 21 de la Convention prévoit que l'autorité centrale peut être appelée à intervenir pour toutes les démarches en vue du règlement du droit de visite. Tel est par ailleurs assez souvent le cas en pratique. Cette disposition ne règle toutefois ni la compétence des tribunaux et les questions de procédure, ni le droit applicable, et elle n'a pas d'effets sur la reconnaissance et l'exécution de décisions portant sur le droit de visite. Ces questions sont régies par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs⁴⁷ qui ne contient toutefois pas de dispositions au sujet de la réglementation du droit de visite et reste sans effet au niveau de la coopération entre les autorités. L'article 21 de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants⁴⁸ pourrait produire plus d'effets, mais cette convention n'est que rarement appliquée. Des améliorations essentielles pourraient provenir de la nouvelle *Convention de La Haye du 19 octobre 1996* sur la compétence, le droit applicable, la reconnaissance, l'exécution et la collaboration dans le domaine de la responsabilité parentale et des mesures de protection des mineurs.⁴⁹ La Convention de La Haye de 1966 ouvre la perspective

⁴⁶ Ceci vaut en particulier pour la prévention de perturbations graves des visites et d'aliénation d'un parent qui influencent la formation de la volonté de l'enfant à un tel point que l'opinion de l'enfant n'est utilisable dans la procédure que dans une mesure limitée. Il faut toutefois mettre en garde contre toute appréciation globalisante du type de celle qui se trouve à la base du concept dit "Parental Alienation Syndrome". Cf. à ce sujet Heidi Simoni, *Beziehung und Entfremdung*, FamPra 2005, p. 772-801 (782-799); Kerima Kostka, *Einfache Lösungen für komplexe Situationen?, "PAS" und gemeinsames elterliches Sorgerecht*, ein Bericht aus Deutschland, FamPra 2005, p. 802-821; Corina Bacilieri-Schmid, *Kinder bei Trennung und Scheidung – Psychologisches Basiswissen für Juristinnen und Juristen*, RDT 2005, p. 199-219 (210-212).

⁴⁷ RS 0.211.231.01

⁴⁸ RS 0.211.230.01. Cette disposition est remplacée et améliorée par la réglementation de la convention du Conseil de l'Europe du 3 mai 2002 relative aux relations personnelles (art. 19).

⁴⁹ Cf. A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève etc. 2003, p. 177-205; Jutta Krah, *Das Haager Kinderschutzübereinkommen*, Francfort a.M. 2004

que la compétence dans les relations entre les Etats contractants est réglée de manière uniforme, que les décisions en matière de droit de visite sont reconnues et exécutées dans les autres Etats et que les autorités concernées peuvent entrer en contact.

Les autorités compétentes peuvent en particulier échanger des informations pertinentes en vue de la protection de l'enfant (art. 34). Les autorités de l'Etat de provenance peuvent être requis pour fournir des renseignements et des relevés de preuve qui concernent l'aptitude du parent qui y est resté d'exercer le droit de visite et qui peuvent être pris en considération en Suisse lors de la décision (même provisoire) rendue en Suisse (art. 35, al. 2 à 4).

La Suisse a signé cette nouvelle convention le 1^{er} avril 2003 ensemble avec les Etats membres (à l'époque) de l'Union Européenne. La ratification de la part de l'UE est imminente. Du côté suisse, le message du Conseil fédéral à l'intention des Chambres fédérales est en élaboration. La commission salue l'intention du Conseil fédéral de ratifier prochainement cette convention.

1.4 Curatelle postérieure au retour de l'enfant

La commission a déjà expliqué, dans le cadre de sa réponse aux questions posées dans le postulat, que les possibilités pratiques d'obtenir des renseignements sur le sort de l'enfant dans l'Etat de retour sont très limitées et que les instruments juridiques font défaut. Afin d'améliorer cette situation, il faut entamer nécessairement la voie de la collaboration avec les Etats les plus concernés. A certains égards, la *Convention de La Haye de 1996* sur la protection des enfants peut également s'avérer utile dans ce domaine. A part les règles déjà évoquées relatives à l'échange d'informations, il faut également relever la possibilité offerte à l'autorité suisse de demander à l'autorité compétente au lieu de la résidence habituelle de l'enfant après le retour de ce dernier qu'un rapport soit établi sur la situation de l'enfant ou qu'il soit examiné s'il y a lieu de prendre des mesures de protection appropriées (art. 32).

Il paraît par ailleurs recommandé que la Suisse propose des améliorations en vue du "*suivi post-retour*" à la Conférence de La Haye de droit international privé. La nécessité d'obtenir des progrès dans cette question a été reconnue dans le cadre des rencontres régulières des commissions spéciales liées à la Convention de 1980 dans la mesure où toutes les dispositions appropriées devraient être prises afin d'assurer le retour sûr de l'enfant dans l'Etat de provenance jusqu'au moment où l'autorité compétente pour l'attribution du droit de garde se saisit de l'affaire.⁵⁰ Des démarches concrètes susceptibles d'influer la pratique des Etats n'ont pourtant pas été entreprises par la Conférence de La Haye ou par les Etats contractants. La Conférence de La Haye peut toutefois relever le fait que la Convention de 1996 amène pour le moins des progrès qu'il faudra déjà mettre en œuvre lors de la ratification par les Etats contractants.

Une dernière voie passerait par des conventions bilatérales dont l'élaboration et l'application pratique exigent, selon les expériences faites à ce sujet, un effort particulier au plan du personnel et des finances et dont le champ d'application est souvent restreint.⁵¹

⁵⁰ Cf. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), chiffre 1.13, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, Annexe 1.

⁵¹ La convention bilatérale du 31 octobre 2005 passée avec la République du Liban concernant la collaboration dans certaines affaires familiales s'étend à l'échange d'informations uniquement pendant une procédure en cours, et elle se limite à des fonctions de conciliation dont l'exercice par la Commission mixte présuppose la voie diplomatique. On peut également mentionner la déclaration d'intention australo-suisse du 29 novembre 1991 (FF 1992 II p. 1399, ch. 2) qui est restée quasiment sans effets pratiques.

2. **Appréciation et représentation de l'intérêt de l'enfant dans la procédure**

2.1 Le concours d'experts

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.⁵²

La commission propose dès lors qu'il soit recommandé avec insistance à l'Autorité centrale et aux tribunaux de recourir à des experts non juristes, tant lors des tentatives de trouver une solution à l'amiable que lors de la procédure décisionnelle et ensuite lors de la préparation et de l'exécution du rapatriement de l'enfant. Les experts nécessaires existent en Suisse. Les tribunaux éprouvent souvent des difficultés pour trouver les experts adéquats tout en pouvant compter sur leur engagement à court terme. La commission propose que l'Autorité centrale établisse, en collaboration avec les cantons, un réseau des experts disponibles organisé selon les régions linguistiques. Les autorités cantonales et fédérales intéressées à cette prestation de service devront veiller à ce que seuls des experts remplissant toutes les exigences au niveau des connaissances professionnelles⁵³, du savoir méthodologique⁵⁴ 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. Les capacités spécifiques de chaque participant doivent être déterminées et portées à la connaissance des intéressés.

On peut partir du principe que les experts mis à disposition se répartiront par région linguistique, de sorte que l'accès aux personnes disponibles sera facile et rapide. Il faudrait viser à obtenir de cette manière, sous la conduite de l'Autorité centrale et avec l'aide des cantons et d'organismes privés, une coopération institutionnalisée dans le sens d'un réseau de personnes et d'institutions spécialisées. La commission propose que le législateur crée une base à cet effet, mais que l'organisation et le fonctionnement du réseau peuvent être confiés dans une large mesure aux experts et institutions intéressés.

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 centrale⁵⁵ 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 seraient également associés aux activités. 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 responsabi-

⁵² La motion Vermot-Mangold du 7 mai 2003 (02.3214 – Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Protection des enfants), transmise sous forme de postulat, demande un examen pédo-psychologique neutre.

⁵³ 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.

⁵⁴ Par exemple: investigations spécifiques de la famille, conseil psychologique et psychiatrique, techniques de négociations et de conflits, médiation, accompagnement d'enfants, conseils dans des cas internationaux relevant du droit de la famille, expertises (dans des cas particuliers).

⁵⁵ En vertu de l'article 7, alinéa 2, lit. b, c, d et h, et de l'article 10 de la Convention.

té vers un grand nombre de personnes de référence, ce qui perturberait les parents et conduirait à une situation conflictuelle plus intense.⁵⁶

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.

Le réseau d'experts et d'institutions disponibles en cas d'enlèvements d'enfants serait également en mesure, en cas d'enlèvements d'enfants de la Suisse vers l'étranger, de fournir les connaissances spécialisées nécessaires et d'assister le parent vivant en Suisse. Cette prestation de service pourrait renforcer sensiblement le soutien accordé aujourd'hui par l'Autorité centrale suisse. Pour le surplus, les experts du réseau pourraient également se mettre à disposition après le retour d'un enfant enlevé en Suisse et fournir ainsi une aide qui n'est accordé actuellement que dans de rares cas sur une base privée.

Il faut toutefois relever que même une intensification relativement modeste de l'activité de l'Autorité centrale révélerait assez rapidement les limites de son état de personnel et des moyens financiers disponibles.

2.2 Procédures de conciliation et de médiation

La Convention part du principe que la remise a lieu, si possible, sur une base volontaire. 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 tente de 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. A l'avenir, l'Autorité centrale devra également pouvoir compter sur des contributions d'experts non juristes si tel peut mener à un règlement accéléré et convaincant, sans que le cas doive être transmis aux tribunaux. L'Autorité centrale ne dispose pas des connaissances interdisciplinaires nécessaires lors de l'appréciation de situations difficiles impliquant des enfants, raison pour laquelle elle a tendance d'inciter l'auteur de l'enlèvement à la remise de l'enfant sans disposer d'une connaissance bien pondérée de la situation de l'enfant.

S'il s'avère que la situation familiale est lourdement chargée de conflits, l'Autorité centrale est souvent dépassée. La demande de retour et la question de la mise en œuvre de mesures de protection doivent alors être transmises le plus rapidement possible au *tribunal* cantonal compétent pour les enlèvements d'enfants. Le fait de saisir une autorité judiciaire ne doit toutefois pas avoir pour conséquence que le conflit dégénère en une lutte acharnée. Le tribunal compétent doit tout d'abord viser une solution à l'amiable, conformément à la directive donnée par la Convention.

La commission estime qu'il est utile et nécessaire de prévoir dans la loi *qu'une phase de recherche d'un règlement à l'amiable du litige précède la procédure judiciaire proprement dite*. Dans les cas où l'Autorité centrale n'a pas déjà entamé une telle tentative de règlement du litige, celle-ci doit être initiée par le tribunal. La procédure ne doit pourtant pas être conduite par le tribunal. Le tribunal doit pouvoir confier cette tâche à des tiers, en particulier à des experts confirmés. Il peut s'adresser au futur réseau d'experts à cet effet.

⁵⁶ Des expériences semblables sont signalées par la "Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles (MAMIF)" instituée par le Département français de la justice, cf. D. Ganancia, La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transnationaux?, in: Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes Colloque Lyon 2003, Bruxelles 2004, p. 325-335.

La commission propose qu'il s'agisse alors d'une "procédure de conciliation ou de médiation". Le *conciliateur* essaie de rapprocher les positions des parties et d'amener ainsi les parties elles-mêmes à un accord. Le *médiateur* suit une procédure plus structurée, lui permettant d'indiquer des options qui n'ont pas été envisagées initialement par les parties ou ne leur ont pas paru viables.

La médiation est une institution moderne servant à l'arrangement amiable de litiges qui est aussi connue en Suisse depuis quelque temps et utilisée en pratique.⁵⁷ En Suisse, la médiation familiale dans des situations de divorce et de séparation peut compter sur une expérience de bientôt vingt ans. Elle est souvent proposée aux parties par les juges et les avocats en tant qu'instrument alternatif de règlement des conflits, surtout pour ce qui concerne les enfants.⁵⁸ Au plan européen, elle sera bientôt largement répandue.⁵⁹ Elle est déjà actuellement prévue pour les cas concernant la responsabilité parentale.⁶⁰ Elle devrait dès lors également entrer en ligne de compte lors de la liquidation de litiges familiaux liés à des enlèvements d'enfants, pour le moins lorsque le tribunal estime qu'elle est prometteuse dans le cas concret tout en étant encore conciliable avec le principe de l'accélération des procédures.⁶¹ La médiation présente également 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.⁶² 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.

Le choix d'une procédure de conciliation ou de médiation est opéré par le tribunal 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. Le tribunal doit juger si cette procédure est plus prometteuse tout en veillant à ce que les discussions menées avec les parties ne traînent pas excessivement en longueur. A la fin de la procédure de conciliation ou de médiation, le tribunal reçoit un rapport qui indique si un accord a été trouvé ou non. Ce rapport peut renseigner sur les problèmes rencontrés et les solutions envisagées si toutes les parties acceptent une telle communication.

⁵⁷ Cf. également les art. 216 à 220 du projet du Code suisse de procédure civile (état: septembre 2005). Cf. par ailleurs Dominique Brown-Berset, La médiation commerciale: un géant s'éveille, RDS 2002 p. 319-424. L'Institut Universitaire Kurt Bösch à Sion offre une formation dans le domaine "Interculturalité et médiation familiale" qui englobe également la problématique de l'enlèvement d'enfant.

⁵⁸ Cf. Marianne Galli-Widmer, Familie und Scheidung, Die Familienmediation im Kanton Tessin, AJP 1994, p. 867-871.

⁵⁹ Au sein de l'UE, une directive sur la médiation en matière civile et commerciale est en préparation (proposition de la commission COM[2004] 718 du 22.10.2004). Cf. Jean A. Mirimanooff, L'eurocompatibilité de la loi n° 8931 sur la médiation civile, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, SJ 2005 II p. 125-139. La médiation internationale est également soutenue par la Recommandation R(98) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale du 21 janvier 1998, ch. VI. En faveur de la médiation dans des conflits concernant des enfants, également l'art. 13 de la Convention européenne du 25 janvier 1996 et l'art. 31 lit. b de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs.

⁶⁰ Art. 55, lit. e, du Règlement no 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, JOUE 2003 L 338/1.

⁶¹ En ce sens également Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), ch. 1.10, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, Annexe 1. ainsi que la Recommandation R(98) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale du 21 janvier 1998, ch. VIII. Cf. par ailleurs Nika Witteborg, Zur Rückführung des Kindes im Rahmen des Haager Entführungsübereinkommens, IPRax 2005 p. 330-335 (334 s.).

⁶² Cf. Britta Sievers/Sabine Benisch, Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangs-konflikten, Probleme und Perspektiven, Kind-Prax 2005 p. 126-132.

Il faut également insister grandement sur le fait que le parent lésé dans ses droits à la suite de l'enlèvement participe à la procédure qui se déroule en Suisse. Cela vaut en premier lieu pour les tentatives de conciliation et de médiation. 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 entente.⁶³ 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.⁶⁴

2.3 La participation de l'enfant à la procédure

La pratique actuelle en Suisse part généralement du principe que les intérêts de l'enfant sont sauvegardés par le parent qui participe à la procédure et qui est à l'origine de l'enlèvement.

Il semble admis que les tribunaux font procéder à l'audition de l'enfant aux mêmes conditions déterminantes dans d'autres procédures comparables en vertu des articles 144, alinéa 2, et 314, chiffre 1, CC. Puisqu'une disposition légale relative aux enlèvements fait défaut, il paraît indiqué de préciser qu'une telle audition doit avoir lieu. Elle ne dépend pas de la demande de l'une des parties.

Les cas sont rares dans lesquels un *curateur* a été nommé à l'enfant concerné. Compte tenu des situations de conflit particulièrement aiguës qui caractérisent de telles procédures, une comparaison avec les motifs importants justifiant selon article 146 CC l'institution d'une curatelle dans la procédure de divorce s'impose.⁶⁵ En principe, l'institution d'une curatelle en faveur de l'enfant s'impose en cas d'enlèvement d'enfant dans tous les cas qui ne peuvent pas être réglés à l'amiable avant la transmission de la demande à l'autorité judiciaire. Ceci devrait également s'appliquer à des enfants capables de discernement puisqu'ils sont régulièrement dépassés par les questions difficiles qui se posent. Dans certains cas, il peut être sensé de désigner un représentant à l'enfant déjà au stade initial de la procédure lorsque aucune demande de retour n'est encore formulée et déposée auprès du tribunal compétent. La nomination du curateur devrait s'opérer également par le tribunal cantonal compétent; l'Autorité centrale ne paraît pas être une instance adéquate, notamment au regard de la voie du recours administratif interne.

La représentation de l'enfant indépendante des parents s'impose également parce que l'enfant doit être représenté comme *partie* à la procédure. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a reconnu la qualité de partie de l'enfant enlevé.⁶⁶ Dans ce cas, les conclusions prises par l'enfant ont été appréciées différemment de celles présentées par la mère. Ceci requiert obligatoirement la reconnaissance de la qualité de partie de l'enfant puisque aucune autre partie ne peut se constituer pour représenter cette position juridique réservée à l'enfant. La qualité de partie et pour recourir découle par ailleurs également de l'article 11, alinéa 2, CF (si la capacité de discernement est donnée) et de l'article 8 CEDH.⁶⁷ Le droit de participer à la procédure est également prévu à l'article 9, alinéa 2, CDE. La jurisprudence a clarifié que la réglementation du droit de visite fait partie des droits de la personnalité de l'enfant et que l'enfant capable de discernement (en général à partir de l'âge de 12

⁶³ Cf. Niccolò Raselli, Suisse, in: Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite, La lettre des Juges, printemps 2004, p. 48-52 (52).

⁶⁴ Il existe déjà, à cet effet, le groupe de professionnels de la médiation constitué depuis 2003 par les ministères de justice d'Allemagne et de France qui est complété par le réseau en constitution placé sous l'égide de la Communauté de travail allemande de médiation familiale (BAFM). Dans le même sens se développe l'organisation professionnelle REUNITE, <www.reunite.org>

⁶⁵ A cela correspond largement l'article 301 du projet de Code suisse de procédure civile (état: septembre 2005). L'article 304, chiffre 4, prévoit toutefois que, dans des procédures en cas d'enlèvement d'enfants, le tribunal doit uniquement "examiner" la question de la désignation d'un représentant pour l'enfant. Cet affaiblissement du droit de l'enfant à être assisté et représenté ne se justifie pas.

⁶⁶ ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 p. 106, RSDIE 2005 p. 394. Pour un arrêt plus ancien, cf. ATF 16.10.2001, 5P.477/2000, cons. 1b.

⁶⁷ Cf. la décision de la Cour européenne du 26.9.2002 sur l'entrée en matière sur la requête dans le cas Sylvestre.

ans) peut agir seul (ou par le représentant de son choix).⁶⁸ La même solution doit s'appliquer à la représentation de l'enfant en cas d'enlèvement d'enfant. Ceci a pour conséquence que l'enfant doit être rendu attentif à ses droits dans la procédure.

Il est recommandé aux tribunaux de s'adresser lors de la désignation de curateurs à des avocats qui ne 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 sans être influencé par les parents et de représenter les intérêts de l'enfant de manière autonome.⁶⁹

3. Appréciation des demandes de retour adaptée à l'intérêt de l'enfant

3.1 Le rôle de l'intérêt de l'enfant

La disposition déterminante pour l'importance de la Convention de La Haye et pour le rôle de l'intérêt de l'enfant réside dans *l'article 13, alinéa 1, lettre b* qui permet le refus du retour s'il est établi:

"qu'il existe un 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."

La demande de retour pourrait également être rejetée si la demande est introduite après le délai d'une année prévu à l'article 12, alinéa 1, et si l'enfant s'est ensuite "intégré dans son nouveau milieu" (art. 12, al. 2)⁷⁰, ou si son rapatriement peut être refusé "quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (Art. 20). Ces motifs de refus n'ont pourtant que peu d'importance en pratique.

La norme centrale de l'article 13, alinéa 1, lettre b, n'utilise pas la *notion de l'intérêt de l'enfant*. L'enlèvement ne doit pas procurer un avantage au parent auteur de l'enlèvement par le fait que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant est soustraite au tribunal en soi compétent de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, détériorant ainsi unilatéralement la position du parent qui vit dans cet Etat et qui a été lésé dans son droit de garde.⁷¹ La décision portant sur le retour ne doit pas être considérée comme décision au sujet de la garde parentale; une telle décision incombe exclusivement au tribunal de l'Etat de provenance de l'enfant (art. 16). La Convention est bâtie sur le principe du retour de l'enfant sans que l'appréciation approfondie de l'intérêt de l'enfant qui est nécessaire pour trancher la question de la garde parentale puisse être déterminante pour cette décision.

⁶⁸ ATF 120 Ia 369 ss, 371 s.; ATF 2.9.2005, 5C.51/2005, cons. 2.2.

⁶⁹ Le ciblage spécifique de cette activité sur l'enfant a fait naître en Allemagne l'institution du "curateur de procédure" ["Verfahrenspfleger"]. Cf. Manuela Störzel/Jörg M. Fegert, Der Verfahrenspfleger als gerichtlicher Interessenvertreter für Kinder und Jugendliche in Deutschland, FamPra 2005, p. 504-517; Johannes Peetz, Die Stellung des Verfahrenspflegers in gerichtlichen Verfahren zur Erzwingung der Herausgabe eines Kindes von einem Elternteil an den anderen und Wahrung der Rechte der Kinder, Regensburg 2005.

⁷⁰ Cf. à titre d'exemples ATF 18.11.2002, 5P310/2002, cons. 2, FamPra.ch 2003, no 66, p. 470, RSDIE 2003, p. 423, ATF 18.8.2005, 5P 254/2005, cons. 2.

⁷¹ Ce comportement unilatéral de l'auteur de l'enlèvement exige en principe le retour de l'enfant. La Convention ne permet pas d'exécuter un retour uniquement après la décision définitive portant sur le droit de garde (dans ce sens interpellation Hubmann du 7 mai 2003 [03.3208 – Protection des enfants] et les motifs de la motion Leuthard [03.3235 – Bien de l'enfant, adaptation de la Convention de La Haye]). Le refus ou l'attribution du retour détériorerait nettement la situation du parent lésé. Après la décision portant sur le droit de garde rendue dans l'Etat de provenance, d'autres difficultés et retards pourraient se produire du fait que le ravisseur avance l'argument que la décision sur le fond violerait l'ordre public suisse (cf. à ce sujet ATF 129 III 250 ss, 255 s.; observations Bucher, RSDIE 2003 p. 389-392) et ne pourrait dès lors pas être reconnue, de sorte qu'elle demeurerait sans effet.

Cela ne signifie toutefois pas que l'intérêt de l'enfant serait sans importance lors de l'application de l'article 13, alinéa 1, lettre b. La question de savoir si le retour place l'enfant dans une "situation intolérable" doit nécessairement être appréciée en se référant à l'intérêt de l'enfant. La teneur de cette disposition souligne également qu'il s'agit ici de la situation de l'enfant sans que le comportement de tiers, y compris des parents, soit déterminant. L'interprétation de l'article 13, alinéa 1, lettre b, doit également prendre en considération le préambule de la Convention dans lequel les Etats signataires expriment leur conviction que "l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde". La référence à l'intérêt de l'enfant ne peut toutefois empêcher le retour que si ce dernier est lié à un risque grave d'un danger physique ou psychique pour l'enfant ou le place de toute autre manière dans une "situation intolérable". Une simple atteinte à l'intérêt de l'enfant qui ne peut pas être qualifiée d'intolérable ne suffit pas.

L'article 13, alinéa 1, lettre b, exige la pesée des éléments déterminants qui sont tous axés sur l'intérêt de l'enfant sans pour autant aboutir à la même solution:

L'enlèvement lèse l'intérêt de l'enfant parce qu'il soustrait l'enfant à l'autre parent titulaire de la garde tout en tentant de contourner le droit légitime de ce parent à la réglementation du litige autour du droit de garde au lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Un tel acte exige dans le cas d'espèce et également du point de vue de la prévention générale la mesure correctrice du rapatriement de l'enfant à son ancien lieu de résidence habituelle.

D'autre part, le retour peut léser l'intérêt de l'enfant s'il a pour effet que l'enfant est exposé à un danger ou qu'il se retrouve de toute autre manière dans une situation qui s'oppose à ses intérêts fondamentaux.

En tant que clause d'exception, l'article 13, alinéa 1, lettre b, assume la fonction d'établir l'équilibre entre les éléments déterminants sous l'angle de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le retour ne doit pas avoir lieu s'il portait une atteinte tellement grave à l'intérêt de l'enfant qu'il lui serait intolérable. Dans ce cadre, l'application de cette disposition selon un mode adapté à l'enfant paraît indiquée et aussi possible. Le rapport explicatif rédigé par E. Pérez-Vera mentionne également que les motifs de refus prévus par la Convention représenteraient des "manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière"⁷² et que l'article 13, alinéa 1, lettre b, reposerait clairement sur la "prise en considération de l'intérêt de l'enfant"⁷³. Dans des arrêts plus anciens, le Tribunal fédéral avait déjà fait remarquer que l'article 13 de la Convention sert à prendre en considération les "intérêts essentiels de l'enfant"⁷⁴ et que l'article 13, alinéa 1, lettre b, "accorde à l'intérêt de l'enfant la priorité par rapport à l'intérêt au retour d'un enfant enlevé".⁷⁵

3.2 Aspects problématiques de la pratique

La pratique de la Suisse en matière d'enlèvements d'enfants mérite d'être corrigée à trois égards.

a) *Vérification du placement auprès de tiers à la suite du retour dans l'Etat de provenance*

La jurisprudence admet que le retour de l'enfant ne doit pas avoir pour conséquence que l'enfant est également confié à un parent si ce dernier est violent ou pourrait exercer d'une autre manière une influence manifestement nuisible sur l'enfant. Dans de tels cas, la pratique se contente de la preuve que l'enfant peut être rapatrié d'une autre manière dans l'Etat de provenance sans être exposé au danger émanant du parent. La jurisprudence part du principe qu'il suffit selon les termes de

⁷² Cf. Actes et documents de la 14e session 1980, La Haye 1982, p. 425-473 (432 no 25).

⁷³ Cf. Actes et documents de la 14e session 1980, La Haye 1982, p. 425-473 (433 no 29).

⁷⁴ ATF 123 II 419 ss, 423.

⁷⁵ ATF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa, dernier alinéa, AJP 2002 p. 471, RSDIE 2002 p. 299.

la Convention que l'enfant puisse être ramené dans l'Etat de sa résidence antérieure sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de savoir comment et où l'enfant y arrivera.⁷⁶ Les conditions de vie que l'enfant rencontrera à son retour ne sont pas examinées, et il n'est en général pas non plus tenu compte du fait que le parent auteur de l'enlèvement accompagne ou pourra accompagner l'enfant lors de son retour.⁷⁷ L'intérêt de l'enfant est donc examiné que de manière générale, sans égard à la situation individuelle de l'enfant. On ne tient ainsi pas suffisamment compte de la mise en danger du développement de l'enfant, voire du traumatisme psychique induit par le retour.

Cette mise en œuvre de l'article 13, alinéa 1, lettre b, limite inutilement l'appréciation du critère de la "situation intolérable". Cette disposition exige ainsi que le retour ne doit pas avoir lieu dans toute situation intolérable, et ce également si l'enfant est gravement perturbé dans son équilibre psychique à la suite d'un placement auprès de tiers consécutif à la séparation de la mère (si cette dernière ne veut ou ne peut plus retourner), ou si le retour de l'enfant et de la mère n'est que difficilement tolérable à cause de l'intégration insuffisante dans le pays concerné.

b) Coopération avec les autorités de l'Etat de provenance

La pratique suisse ne tire que rarement profit des possibilités de coopération avec les autorités de l'Etat de provenance de l'enfant. Le Tribunal fédéral a parfois laissé entendre que la garantie donnée par ces autorités que des mesures de protection de l'enfant seront possibles lors de son retour peut faciliter la décision ordonnant le retour.⁷⁸ En pratique, la coopération des autorités étrangères est parfois requise. L'implication de ces autorités dans la phase décisionnelle est toutefois nécessaire en vue d'une application de la Convention qui est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dans plusieurs pays anglo-saxons, il est de pratique constante que des mesures soient prises, en coopération avec les autorités de l'Etat du séjour antérieur de l'enfant, afin de faciliter le retour de l'enfant et de le lui rendre plus supportable.⁷⁹ Dans certains cas, le retour peut être lié à la condition que ces autorités ordonnent concrètement de telles mesures ("mirror orders") avant que le retour soit décidé et exécuté. La Conférence de La Haye appuie fortement cette pratique. L'Autorité centrale suisse se met à disposition pour toute aide appropriée qui va dans ce sens, mais elle ne trouve pas beaucoup de répondant auprès des tribunaux. Une prise de position de l'Autorité centrale appuyant clairement cette pratique pourrait s'avérer très utile pour la suite.

L'application de la Convention et en particulier de son article 13, alinéa 1, lettre b, selon un mode mieux adapté à l'enfant exige donc que tous les canaux disponibles soient utilisés afin de se faire l'image la plus réaliste et complète possible des conséquences du retour de l'enfant. Ceci est également nécessaire en vue de la préparation du retour. L'article 13, alinéa 3, oblige le tribunal appelé à juger de tenir compte des informations fournies par les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Cette obligation doit être respectée davantage.

La pratique des tribunaux tient peu compte du fait qu'il n'incombe non seulement à l'Autorité centrale suisse, mais également aux autorités indirectement liées à elle "d'assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant" en vertu de l'article 7, lettre h, de la Convention. La Suisse s'est employée dans le cadre de la Conférence de La Haye afin que cette

⁷⁶ Le jugement ordonne ainsi généralement le retour "en Allemagne" (ATF 17.12.2004, 5P.437/2004, cons. 2, RSDIE 2005 p. 411) ou "en Espagne" (ATF 131 III 334 ss, 344 [sans dispositif], AJP 2005 p. 744 ss, 748, RSDIE 2005 p. 415 ss, 420).

⁷⁷ Cf. ATF 11.4.2002, 5P.65/2002, cons. 4, Praxis 2003 no 122, FamPra.ch 2002 no 95 p. 618, RSDIE 2003 p. 407; ATF 31.1.2003, 5P.263/2002, cons. 4.2, FamPra.ch 2003 no 67 p. 476; ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 no 97 p. 716, RSDIE 2003 p. 411.

⁷⁸ ATF 18.11.2002, 5P.310/2002, cons. 3.1-3.3, FamPra.ch 2003 no 66 p. 470, RSDIE 2003 p. 423; ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.2 et 2.3, FamPra.ch 2003 no 97 p. 716, RSDIE 2003 p. 411; ATF 15.10.2004, 5P.354/2004, cons. 3, RSDIE 2005 p. 405.

⁷⁹ Cf. Paul R. Beaumont/Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, p. 156-172.

obligation de coopération soit mise en œuvre d'une manière plus marquée et améliorée.⁸⁰ Des recommandations allant dans ce sens ont été adoptées par la Conférence.⁸¹ Les tribunaux suisses devraient en parallèle veiller à ce que le retour de l'enfant soit préparé et exécuté de manière adéquate en coopération avec l'Autorité centrale.

c) *Sanction du comportement du parent auteur de l'enlèvement*

La jurisprudence suisse s'est fixée sur le fait que l'auteur de l'enlèvement ne peut pas faire valoir, dans le cadre de l'article 13, alinéa 1, lettre b, qu'il ne lui serait pas possible d'accompagner l'enfant lors de son retour parce qu'une telle argumentation aurait finalement pour conséquence que l'auteur de l'enlèvement utilise son comportement illégal pour en tirer profit pour lui-même.⁸² Une exception est uniquement faite en faveur d'une mère avec son nourrisson. Dans tous les autres cas, l'argumentation de la mère est rejetée en bloc⁸³ sans vérifier s'il n'existe pas de raisons objectivement défendables derrière la position défendue par la mère. Si la mère devait refuser de rentrer, on devrait supposer qu'elle placerait ses propres intérêts au-dessus des intérêts des enfants⁸⁴, raison pour laquelle il ne faudrait pas non plus prendre en considération le fait que le retour s'avère subjectivement intolérable pour la mère, par exemple parce qu'elle s'est mariée en Suisse.⁸⁵ Cette argumentation n'a toutefois pas été opposée à l'enfant qui se défend contre son retour.⁸⁶

Si la mère a enlevé l'enfant en violation du droit de garde du père, elle a certainement agi de manière illégale en provoquant également l'application de la Convention. Ni l'article 13, alinéa 1, lettre b, ni une autre disposition de la Convention, ne permet pourtant la conclusion que la mère ne serait pas habilitée à invoquer sa propre situation personnelle et que le juge ne saurait prendre en considération, lors de l'appréciation des conséquences du retour de l'enfant, le fait que la mère dispose le cas échéant d'arguments convaincants qui l'empêchent de retourner. La Convention exige en son article 13, alinéa 1, lettre b, que la question du retour de l'enfant soit appréciée exclusivement au regard de la situation qui sera rencontrée par l'enfant à cette occasion. Un principe général reconnu également en droit civil suisse veut que l'intérêt de l'enfant ne soit pas mesuré en fonction du comportement de ses parents. La Convention de La Haye représente exclusivement un instrument de protection d'enfants à l'occasion et contre des enlèvements, elle n'est pas un moyen permettant de sanctionner le comportement du parent auteur de l'enlèvement.

⁸⁰ Cf. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), Annexe II, Document de travail No 20, in: Guide de bonnes pratiques, vol. I, Annexe 1.

⁸¹ Cf. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), ch. 1.13, in: Guide de bonnes pratiques, vol. I, Annexe 1.

⁸² Cf. ATF 130 III 530 ss, 534 s.; ATF 11.4.2002, 5P.65/2002, cons. 4 c/bb, Praxis 2003 no 122, FamPra.ch 2002 no 95 p. 618, RSDIE 2003 p. 407.

⁸³ Ainsi catégoriquement: "La séparation entre l'enfant et la mère ... ne représente pas un motif d'exclusion (...), la question est uniquement controversée pour ce qui est des nourrissons", ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 no 97 p. 716, RSDIE 2003 p. 411; ATF 8.6.2004, 5P.156/2004, cons. 3.3, AJP 2005 p. 109.

⁸⁴ ATF 18.11.2002, 5P.310/2002, cons. 3.4, FamPra.ch 2003 no 66 p. 470, RSDIE 2003 p. 423.

⁸⁵ ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 no 97 p. 716, RSDIE 2003 p. 411. Une poursuite pénale provoquée par l'enlèvement est également sans pertinence, étant donné que "le danger potentiel pour l'intérêt de l'enfant a seulement été créé par l'enlèvement des enfants"; ATF 31.1.2003, 5P.263/2002, cons. 4.2.2.3, FamPra.ch 2003 no 67 p. 476.

⁸⁶ Ainsi dans le cas australien W. Cela permet de percevoir une certaine ouverture puisque le Tribunal fédéral n'a pas repris la condamnation du comportement de la mère, invoquée dans la réponse à son recours, dans le jugement qui traitait le recours des enfants dans la même affaire (ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 p. 106, RSDIE 2005 p. 394). Il semble ainsi admis que le comportement de la mère ne doit pas causer un désavantage à l'enfant.

3.3 Enlèvements par les mères

Les interventions parlementaires demandant une application de la Convention bien adaptée à l'enfant expriment avant tout des réactions par rapport aux cas d'enfants qui ont été enlevés par leurs mères. Les dix arrêts déjà mentionnés du Tribunal fédéral concernent tous des enlèvements commis par la mère. Dans la comparaison internationale, les enlèvements opérés par la mère en tant que personne principalement responsable de la prise en charge de l'enfant sont nettement prédominants (presque 70%). Ceci s'explique avant tout par le fait que le droit de garde est partagé entre les parents dans un nombre sans cesse croissant d'Etats, et cela également à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Cela comporte comme conséquence que l'un des deux parents ne peut plus quitter l'Etat de résidence avec l'enfant sans avoir obtenu l'accord de l'autre parent ou du tribunal. Le nombre toujours plus important d'enlèvements effectués par les mères s'explique aussi de par le fait que les femmes s'établissent dans l'Etat d'origine de l'homme en y fondant une famille sans pour autant y disposer de leur propre réseau de relations sociales et économiques. S'il y a rupture de la relation entre conjoints, la mère ne dispose souvent que de très peu de voies qui s'offrent à elle pour vivre une existence sensée avec l'enfant, cependant que le retour dans son pays d'origine promet une intégration facile au sein de la famille et de l'ancien milieu de vie. Ceci est particulièrement valable lorsque la mère doit se protéger contre la violence du partenaire et père de l'enfant, surtout si elle ne peut pas attendre du soutien de la part des autorités locales. C'est sur ce fond qu'il faut resituer la critique au sujet du comportement de l'auteur de l'enlèvement d'enfant.⁸⁷ La mère auteur de l'enlèvement n'agit de loin pas toujours dans un but égoïste et afin de nuire à l'autre parent, mais souvent parce qu'elle est démunie, voir désespérée dans sa position d'une personne qui élève en fait seule son enfant dans un pays étranger.⁸⁸ Une application de la Convention axée sur l'enfant ne peut pas fermer les yeux sur cette situation.

Un enlèvement et les tensions et litiges qui s'en suivent représentent une charge non négligeable pour l'enfant qui dépasse nettement l'ampleur de ce qui doit être supporté lors des disputes habituelles entre les conjoints. L'enfant est entraîné dans un conflit de loyauté qui s'articule de manière marquante autour d'une lutte concrètement saisissable au sujet du lieu futur de la vie familiale. La seule insécurité quant au futur lieu de séjour, et d'autant plus l'imminence du retour, chargent fortement le psychisme de l'enfant. Des recherches récentes ont renforcé la compréhension des effets traumatisants pour l'équilibre psychique tels qu'ils sont ressentis par l'enfant à une telle occasion.

Dans les situations récentes d'enlèvement d'enfant qui ont été vécues de manière particulièrement critique, il était impossible ou particulièrement difficile pour la mère de retourner avec l'enfant dans l'Etat de l'ancien domicile. Dans une telle situation, l'enfant subit une charge d'autant plus lourde si la décision portant sur son retour devait avoir pour effet qu'il doit se séparer de sa mère pour être placé à l'avenir dans l'Etat de provenance auprès du père (qui n'est pas le premier titulaire du droit de garde) ou auprès de tiers.⁸⁹ Face à de telles situations tragiques, on ne saurait avancer l'argument selon lequel l'enfant n'aurait ainsi qu'à supporter le comportement défaillant de la mère.

⁸⁷ Le rapport explicatif de E. Pérez-Vera précise ainsi: "... même dans l'optique choisie, il fallait admettre que le déplacement d'un enfant peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche", Actes et documents de la 14^e session 1980, La Haye 1982, p. 425-473 (432 no 25).

⁸⁸ Cf. sur ce point également les motifs avancés à l'appui de la motion Leuthard du 8 mai 2003 (03.3235 – Bien de l'enfant et Convention de La Haye). Dans son rapport adressé à la commission, la Fondation suisse du Service social international expose ce qui suit à ce sujet: "De manière générale, on peut comprendre les réticences du parent enleveur à retourner dans l'Etat de la résidence habituelle. En effet, le risque est grand de se retrouver face à des poursuites pénales, des mauvais traitements conjugaux, des difficultés d'intégration, des pressions familiales ou une perte de contact avec l'enfant. A ce titre, il s'agirait de s'éloigner de la conception selon laquelle c'est à l'auteur de l'enlèvement seul de supporter les conséquences de son comportement répréhensible – chose au demeurant tout à fait fautive, la victime de l'enlèvement selon la Convention étant l'enfant – pour concentrer ses efforts sur la mise en place des conditions de retour." (p. 22)

⁸⁹ Cf. aussi Katja Schweppe, *Kindesentführungen und Kindesinteressen*, Münster 2001, p. 167-175, 182; observations Bucher, RSDIE 2003 p. 415-417.

Indépendamment du caractère illégal du comportement de sa mère, l'enfant a le droit à ce qu'il ne soit pas mis dans une situation qui porte gravement atteinte à son intérêt et dépasse les limites de ce qui est supportable pour un enfant. Cela correspond également au véritable sens de la Convention et de l'article 13, alinéa 1, lettre b.⁹⁰

La pratique suisse de l'appréciation des situations tombant sous article 13, alinéa 1, lettre b, doit être réajustée sur ce point.

3.4 Application de la Convention selon un mode mieux adapté à l'enfant

La commission présente plusieurs propositions devant permettre à l'avenir à la pratique d'axer la Convention davantage sur la situation particulière de l'enfant et d'appliquer en particulier la disposition de l'article 13, alinéa 1, lettre b, d'une manière qui tient compte de l'intérêt de l'enfant et correspond ainsi à l'idée directrice de la Convention énoncé en premier lieu dans son préambule. Il s'agit d'une part de l'aménagement de la procédure et d'autre part de l'appréciation objective des critères déterminants pour le retour.

a) *Audition des intéressés et recours à des experts*

L'audition systématique d'*enfants* enlevés doit être garantie au cours de la procédure, à l'instar de l'audition dans le cadre des articles 144, alinéa 2, et 314, chiffre 1, CC. Il paraît sensé de créer une base légale analogue à celles du droit de divorce et des mesures protectrices. Au plan du droit international, la base se trouve à l'article 12 CDE. L'enfant doit également être associé aux efforts de conciliation et de médiation selon des modalités qui correspondent à son âge.

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 possible de réduire les tensions et de trouver même des solutions à l'amiable grâce aux contacts personnels. Cela vaut la peine d'engager la meilleure volonté et tous les moyens disponibles. On ne peut toutefois pas en faire une règle absolue puisque il existe des cas où le demandeur vivant dans un pays lointain se voit confronté à de grandes difficultés lors de la recherche des moyens financiers nécessaires et du temps pour se déplacer en Suisse. Il faudrait néanmoins tout tenter pour surmonter des difficultés financières et pour concentrer les auditions et consultations nécessaires sur un bref laps de temps. Le succès d'un règlement à l'amiable vaut un tel effort. Par ailleurs, l'audition des intéressés sert à établir les faits et à préparer le retour qui doit être décidé le cas échéant. Ce cadre permet également d'intégrer dans la décision les craintes émises par la mère au sujet du retour dans le pays de provenance et de les surmonter, si possible, par les moyens appropriés à prendre dans cet Etat.⁹¹

Il doit être possible, dans chaque phase de la procédure, de recourir aux services d'experts dont le profil et la disponibilité ont été examinés auparavant. De tels experts peuvent déjà être sollicités lorsque la demande se trouve encore auprès de l'Autorité centrale et que celle-ci garde l'espoir que le conflit puisse être réglé sans introduire des procédures. De tels experts devraient également être à disposition des tribunaux dans chaque phase procédurale, en particulier lors de l'appréciation de l'avis exprimé par l'enfant.

⁹⁰ Dans son arrêt no 10577 du 4 juillet 2003, la Cour de cassation italienne a refusé le retour des enfants enlevés par la mère vers l'Italie parce que le refus de la mère de retourner en Israël aurait causé un traumatisme psychique intolérable aux enfants s'ils avaient été rapatriés, et parce que leurs intérêts au sens de l'art. 3, al. 1 de la Convention des droits de l'enfant doivent être appréciés exclusivement sur la base des effets sur la personne des enfants sans tenir compte du comportement des parents (cf. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, p. 665).

⁹¹ Cf. Niccolò Raselli, Suisse, in: *Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite*, La lettre des Juges, printemps 2004, p. 48-52 (51).

Il y a par ailleurs lieu de recourir à des experts pour la conduite de procédures de conciliation et de médiation. De telles démarches ne peuvent être confiées qu'à des personnes formées. Cela vaut tout particulièrement pour le domaine des enlèvements d'enfants, car dans de tels cas, on demande non seulement des connaissances juridiques et linguistiques, mais également des connaissances relevant des sciences humaines et sociales et des connaissances portant sur l'origine culturelle des membres de la famille concernée.

Le *réseau* d'experts et d'institutions qui est à constituer sur la base de la proposition de la commission doit servir en premier lieu de relais et d'intermédiaire pour des experts et d'autres conseillers spécialisés.

b) *Application adaptée à l'intérêt de l'enfant de l'article 13, alinéa 1, lettre b)*

La question de savoir s'il existe un 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, ne peut trouver une réponse adéquate que si la *relation de l'enfant avec les deux parents* est prise en considération. Les effets du retour doivent être appréciés, d'une part, au regard de la relation avec le parent demandeur. Elles doivent toutefois englober également, d'autre part, la relation de l'enfant avec le parent auteur de l'enlèvement, indépendamment du caractère illégal de l'enlèvement dont l'enfant n'est pas responsable.

La pondération du comportement et de la situation du parent auteur de l'enlèvement ne doit pas être négligée lors de l'appréciation des conséquences du retour de l'enfant. L'attitude de ce parent se répercute nécessairement sur la situation de l'enfant. Elle doit être prise en considération lorsqu'il s'agit de décider si le retour de l'enfant le place dans une situation intolérable. Un vecteur aggravant est constitué par les situations dans lesquelles l'auteur de l'enlèvement ne peut pas retourner dans l'Etat de provenance ou lorsqu'on ne peut pas raisonnablement l'attendre de sa part. Dans la quasi-totalité des cas critiques, il s'agit de la mère en sa qualité de personne qui entretient la relation la plus importante pour l'enfant.

S'il s'avère lors de l'examen de la demande de retour de l'enfant que le *parent demandeur* est pour le moins passagèrement apte à accueillir l'enfant, l'argument selon lequel le retour pourrait placer l'enfant dans une situation intolérable ne trouve généralement pas de place. Dès lors, l'enfant devra également supporter la séparation du parent auteur de l'enlèvement si ce dernier tient à ne pas accompagner l'enfant lors de son retour.

Des investigations sont par contre nécessaires dans les cas où le retour sous la garde du parent demandeur dans l'Etat de provenance n'entre pas en ligne de compte, même pas passagèrement, puisqu'il serait nuisible ou intolérable pour l'enfant. Il a été relevé que les possibilités de coopération avec les autorités de l'Etat de provenance permettent d'éclaircir de plus près si un tel danger existe et si les mesures prises sur place pourraient suffire pour prévenir un tel danger. Un comportement peu coopératif n'est en tout cas pas propre à renforcer la confiance en ces autorités en tant qu'autorités de protection des mineurs.

Si le Tribunal saisi de la demande doit partir du fait que le parent auteur de l'enlèvement, en général la mère, ne peut pas accompagner l'enfant lors de son retour ou qu'on ne peut pas attendre raisonnablement de lui qu'il retourne, la question se pose de savoir si la *séparation des deux parents*, y compris de la mère, et le placement auprès de tiers ne met pas l'enfant dans une situation nuisible et donc intolérable. La séparation de l'enfant de sa mère doit être considérée, en règle générale, comme une atteinte grave à l'intérêt de l'enfant lorsque la mère est la personne de référence principale pour l'enfant et que la relation avec le père ne permet par ailleurs pas que ce dernier le prenne sous sa garde lors de son retour. Un *placement auprès de tiers* de l'enfant qui interrompt les relations régulières avec les deux parents ne peut entrer en ligne de compte qu'à titre tout à fait exceptionnel. Le sens et le but de la Convention ne peuvent pas être interprétés de telle sorte que l'enfant

doit également payer dans une telle situation pour le fait que la compétence fondamentale des autorités de l'Etat de provenance de régler le litige autour du droit de garde reste maintenue. Une telle situation est intolérable pour l'enfant car elle viole de manière évidente l'intérêt de l'enfant et doit dès lors être examiné par le tribunal saisi de la demande de retour. Puisque cet examen n'est pas garanti dans le cadre de la pratique actuelle, une précision de la part du législateur s'impose.

Une autre catégorie de cas critiques concerne la situation de la mère qui pourrait être amenée à retourner, si nécessaire, lorsque le retour de l'enfant est ordonné. Dans un tel cas, le retour est ordonné selon la pratique actuelle sans que les parties opposées à la demande ne soient entendues en faisant valoir l'argument qu'une telle décision n'a pas de sens lorsqu'il est évident que *le parent responsable de l'enlèvement est également le parent qui prend en charge l'enfant en premier lieu*. La conséquence pratique du retour de l'enfant dans l'Etat de provenance réside régulièrement dans le fait que l'enfant et les parents doivent y attendre l'issue du règlement définitif du droit de garde pour revenir plus tard à nouveau en Suisse à la suite de l'attribution attendue de l'enfant à la mère et du règlement complémentaire du droit de visite du père. Un tel va-et-vient a peu de sens pour les intéressés et repose uniquement sur l'idée que la Convention de La Haye exigerait strictement le rétablissement du statu quo.

Le retour de l'enfant dans l'Etat de provenance ne devrait être ordonné véritablement que si l'enfant peut y vivre avec le parent qui en a la charge principale dans des conditions qui correspondent à son intérêt et sont aussi raisonnablement supportables pour ce parent. Si le retour a lieu de telle manière que la mère et l'enfant vivent séparément du père et qu'un autre environnement social et économique fait également défaut aux deux, une telle situation paraît difficilement tolérable pour les deux puisque démunie de sens si le père ne revendique pas la reprise du droit de garde et d'hébergement ou n'y est visiblement pas apte. Il faut aussi tenir compte du fait que les problèmes et la charge psychique rencontrés par le parent auteur de l'enlèvement lors de son retour se transmettent également sur l'enfant et portent ainsi atteinte à son équilibre personnel.

Le Tribunal fédéral a constaté dans un arrêt récent concernant l'exécution d'un jugement de retour que le rapatriement n'a plus de sens si les autorités de l'Etat de la résidence antérieure ont déjà décidé que la garde doit être confiée au parent auteur de l'enlèvement.⁹² Il faudrait en vérité décider dans le même sens lorsque les circonstances du cas démontrent à l'évidence que l'enfant ne peut pas être confiée au demandeur dans l'Etat de provenance et que la mère auteur de l'enlèvement obtiendra très probablement le plein droit de garde. Si le tribunal suisse peut reconnaître, en coopération avec les autorités de l'Etat de provenance, qu'une telle situation est hautement vraisemblable, le retour de l'enfant n'a visiblement plus de sens.

Il est généralement reconnu au plan international que la Convention ne représente pas l'instrument adéquat si le demandeur n'exige pour l'essentiel que le retour de l'enfant afin d'assurer son *droit de visite* et de le régler d'une autre manière, sans qu'il tende également vers l'attribution de la garde parentale et de la responsabilité pour la prise en charge de l'enfant. Dans ces situations, il y a lieu d'appliquer l'article 13, alinéa 1, lettre b, d'une manière qui ne porte pas une atteinte inutile et grave à l'intérêt de l'enfant. Cette situation devrait être traitée de la même façon que celle dans laquelle l'accueil de l'enfant dans le ménage du père demandeur n'entre pas en ligne de compte. Car dans les deux cas, il ne faut pas s'attendre à ce que le demandeur obtienne le droit de garde et d'hébergement sur une longue durée. Le retour ne pourrait avoir de sens dans un tel cas que si on pouvait raisonnablement attendre de la mère qu'elle accepte de retourner dans l'Etat de provenance en compagnie de l'enfant. Dans les autres cas, le retour représente visiblement une charge trop lourde pour l'enfant. Dans de tels cas, les intérêts du demandeur doivent être réglés par le biais d'un aménagement approprié du droit aux relations personnelles avec l'enfant.

⁹² ATF 130 III 530 ss, 534.

c) *Coopération avec les autorités de l'Etat de provenance*

Il est extraordinairement important, dans ce contexte, d'éclaircir soigneusement les circonstances d'un retour éventuel de l'enfant et de l'auteur de l'enlèvement avant que le retour ne soit décidé par le tribunal. La coopération avec les autorités de l'Etat de provenance à laquelle la commission est favorable, en particulier la possibilité d'amener ces autorités à ordonner les mesures d'accompagnement appropriées avant que le retour ne soit décidé en Suisse, représente un instrument important permettant de rendre supportable le retour pour l'enfant et pour la mère.

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.⁹³ 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. 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 défailante 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.

3.5 La question du fardeau de la preuve

L'article 13, alinéa 1, de la Convention prévoit que les circonstances déterminantes invoquées en faveur du refus doivent être "établies" par la partie qui s'oppose au retour. Il est évident qu'un nombre non négligeable d'éléments de l'état de fait relevant en vue de l'appréciation de la question de savoir si l'enfant se trouvera dans une situation intolérable lors de son retour ne peut pas être porté à la connaissance du tribunal, que ce soit par le parent auteur de l'enlèvement ou par l'enfant ou son curateur. L'article 13 lui-même tient déjà compte de ce fait puisque l'alinéa 3 prévoit que le tribunal doit tenir compte des informations fournies par les autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant. Les autorités centrales sont tenues d'assurer l'échange de telles informations (art. 7, al. 2, lit. d).⁹⁴ De même, la pratique de coopération avec ces autorités, une pratique vivement soutenue en général et en particulier par la Conférence de La Haye, ne s'en tient pas à une interprétation stricte de l'obligation incombant à la partie opposée au retour de "prouver" les éléments qui fondent un motif de refus.

L'obligation de preuve statuée à l'article 13, alinéa 1, doit dès lors être comprise non pas dans le sens d'un devoir d'apporter la preuve, mais d'une règle de répartition objective du fardeau de la preuve. La partie opposée au retour doit supporter les conséquences résultant d'une éventuelle absence de preuves. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle a également l'obligation de prouver elle-même tous les faits déterminants pour la décision. Le tribunal doit disposer de toutes les informations essentielles qui lui permettent de répondre avec conviction à la question de savoir si l'enfant risque ou non de se trouver dans une situation intolérable au sens de l'article 13, alinéa 1, lit. b, lors de son retour. La coopération avec les parties est certes très importante à cet égard. Les

⁹³ Au sein de l'Union Européenne, la règle veut que le retour doit être ordonné si des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour sans qu'il soit encore possible de refuser le retour en vertu de l'article 13, alinéa 1, lettre b (cf. art. 13, al. 4 du Règlement no 2201/2003 du 27 novembre 2003 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, JOUE 2003 L 338/1). Ce régime strict va trop loin pour la Suisse et il ne saurait être généralisé dans les relations entre Etats qui ne disposent pas d'un système aussi efficace de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives aux enfants comme c'est le cas dans l'Union européenne.

⁹⁴ L'autorité centrale peut exiger le rapport mentionné à l'article 13, alinéa 3, dès qu'elle a connaissance de l'enlèvement et qu'il est prévisible que le litige ne sera pas très rapidement réglé. Une ordonnance judiciaire n'est pas nécessaire.

parties ont un *devoir de participation* à l'établissement des faits pertinents.⁹⁵ Comme le montre l'article 13, alinéa 3, il incombe aussi au tribunal de compléter de lui-même l'état de fait par des informations importantes en vue de l'application conforme à l'intérêt de l'enfant de la disposition centrale de l'article 13, alinéa 1, lettre b. Une application de cette disposition axée, même dans un cadre limité, sur l'intérêt de l'enfant ne peut être possible que si l'autorité procède *d'office* à des investigations au sujet des faits déterminants pour l'intérêt de l'enfant au lieu de mettre cette responsabilité exclusivement à charge des parents. Ceci vaut également pour la question relative à la maltraitance ou l'abus sexuel d'enfants soulevée par le postulat Vermot-Mangold. Si une telle suspicion est avancée de façon crédible, l'autorité est tenue d'éclaircir d'office cette question; elle ne peut pas se contenter du constat qu'un tel fait doit être "établi" par l'auteur de l'enlèvement, notamment parce que ce dernier se trouve, expérience faite, facilement dans l'impossibilité d'apporter les preuves.

3.6 Proposition

La commission propose de passer à une interprétation de l'article 13, alinéa 1, lettre b, de la Convention de La Haye de 1980 qui est mieux adaptée à l'intérêt de l'enfant et qui est de comprendre cette disposition de telle manière qu'elle permet de constater que le retour place l'enfant dans une situation intolérable notamment lorsque le placement auprès du parent demandeur ou auprès de tiers dans l'Etat de provenance ne correspond à l'évidence pas à l'intérêt de l'enfant et que le parent auteur de l'enlèvement, compte tenu de toutes les circonstances, ne peut pas retourner avec l'enfant ou qu'on ne peut raisonnablement pas l'attendre de lui.

Une telle interprétation plus conforme à l'intérêt de l'enfant de l'article 13, alinéa 1, lettre b, ne contredit pas cette disposition. Elle clarifie le sens et le but de cette norme à la lumière de l'intérêt de l'enfant et de l'enlèvement opéré dans la majeure partie des cas par le parent principalement responsable de la prise en charge (en général la mère).

Il serait en soi préférable que la teneur de la Convention soit complétée de cette manière et que son sens soit précisé. Une proposition y relative pourrait être présentée par la Suisse à la Conférence de La Haye de droit international privé (cf. la partie III du présent rapport). Plusieurs années s'écouleront encore jusqu'à ce qu'une telle proposition soit couronnée de succès. Jusque là, il est nécessaire d'agir tant pour le législateur que pour la pratique juridique suisse.

La disposition légale proposée (art. 12 du projet de la commission) doit clarifier la signification de l'article 13, alinéa 1, lettre b de la Convention de La Haye pour un certain type de cas. Le fait que cette disposition de la Convention représente une norme juridique directement applicable ne fait pas obstacle à une réglementation complémentaire édictée par le législateur. Le droit suisse connaît d'autres exemples de ce genre, en particulier en ce qui concerne le droit d'être entendu de l'enfant.⁹⁶ L'article 13, alinéa 1, lettre b, s'adresse tant au législateur qu'aux tribunaux. Il ne s'oppose pas à une clarification de la part du législateur, notamment lorsqu'on réussit de faire concorder la jurisprudence avec le sens et le but de la norme de la convention internationale.

⁹⁵ Ainsi expressément § 38, al. 3 de la loi allemande relative au droit international de la famille du 26 janvier 2005 (BGBI 2005 I 162). "Die Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und Beschleunigung des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht."

⁹⁶ Les articles 144, alinéa 2, et 314, chiffre 1, CC concrétisent le contenu de l'article 12 CDE qui a été jugé suffisamment déterminé et clair pour être directement applicable (ATF 124 III 90 ss, 92). Pour d'autres exemples, cf. article 1(A), chiffre. 2 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiées du 28 juillet 1951 (RS 0.142.30) et l'article 3 de la loi sur l'asile (teneur du 26.6.1998, RS 142.31) sur la notion du réfugié, ainsi que l'article II de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (RS 0.277.12), en comparaison aux articles 7 et 178, alinéa 1, de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291) relatifs à la validité quant à la forme et les effets des conventions d'arbitrage.

Cette proposition apporte une clarification bienvenue à la pratique suisse pour des cas particulièrement critiques. La Suisse demeure ainsi sur la ligne du principe du retour d'enfants enlevés, ceci dans le sens de la Convention. Par ailleurs, l'article 13, alinéa 1, lettre b, est appliqué de manière fort divergente dans les différents Etats parties à la Convention, raison pour laquelle la Suisse n'a rien à craindre sous l'angle de la réciprocité. Il n'existe pour ainsi dire pas de statistiques présentant des résultats significatifs. Une recherche globale effectuée en 1999 et citée encore aujourd'hui démontre que sur les presque mille enlèvements d'enfants de l'époque, 50% se sont soldés par un retour de l'enfant. Parmi les enlèvements qui étaient à juger par un tribunal (un peu plus de 40%), les trois quarts environ ont abouti à une décision de retour et un quart au rejet de la demande, étant entendu qu'il existe des différences considérables entre les Etats (en 1999 par exemple, on indique 84% de retours ordonnés par un tribunal en Angleterre, mais seulement 50% en Allemagne).⁹⁷ A cet égard également, la proposition de la commission n'a pas pour conséquence que la Suisse rencontre des critiques au niveau de son application de la Convention.

4. Respect de la volonté de l'enfant refusant le retour

En vertu de l'article 13, alinéa 2, le retour peut être refusé si l'autorité "constate que l'enfant s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion". La jurisprudence situe la limite de l'âge déterminant à environ 10 ans.⁹⁸ Cette règle ne doit pas être confondue avec le simple droit d'être entendu. Dans le contexte de l'article 13, alinéa 2, il s'agit de savoir si la volonté de l'enfant suffit pour rejeter la demande de retour.

La commission estime que cette disposition est sensée et ne nécessite aucune correction. Par contre, le besoin marqué de clarifier la portée de la volonté de l'enfant s'est manifesté depuis que le Tribunal fédéral a décidé dans un arrêt récent que les enfants ne disposent pas de la maturité nécessaire si leur déclaration de la volonté de ne pas retourner dans l'Etat de la résidence antérieure (Espagne) repose sur des circonstances comme leur lien étroit avec la mère, les conditions de vie difficiles dans cet Etat et le bon accueil dans leur nouveau milieu et auprès des grands-parents en Suisse. Dans une telle situation, il ne saurait être question d'une libre formation de la volonté et ceci dans un cas dans lequel il a été expressément constaté que la mère n'a pas directement influencé les enfants en vue de leur audition et où les instances antérieures avaient constaté que les enfants avaient exprimé leur volonté de ne pas devoir retourner en Espagne de manière sérieuse et compréhensible.⁹⁹

Une telle appréciation de la volonté de l'enfant prive l'article 13, alinéa 2, de la Convention de tout son sens et ne trouve aucun fondement dans la teneur de cette norme. On ne peut que considérer comme normal le fait que les enfants réagissent en fonction de leur vécu et des circonstances actuelles de leur vie et qu'ils expriment leur opinion en conséquence.¹⁰⁰ Une clarification légale s'impose dès lors afin que l'article 13, alinéa 2, de la Convention permette comme par le passé de tenir

⁹⁷ Cf. Nigel Lowe, *In The Best Interest of the Child?, Handling The Problem of International Parental Child Abduction*, in: *Internationaler Kinderschutz*, édité par Thilo Maruhn, Tübingen 2005, p. 73-95 (89-93).

⁹⁸ Cf. ATF 131 III 334 ss, 340.

⁹⁹ ATF 131 III 334 ss, 341-343. Pour la décision du Tribunal cantonal lucernois du 11 novembre 2004, voir LGVE 2004 I no 1, p. 1 ss.

¹⁰⁰ Par ailleurs, l'opinion a été défendue selon laquelle l'article 12, alinéa 2, de la Convention interdirait au tribunal de prendre en considération la volonté de l'enfant dans la mesure où l'enfant déclare qu'il s'est bien intégré dans son nouveau milieu (ATF 131 III 334 ss, 338, 343). La Convention ne fait surgir aucun doute par rapport au fait que cette disposition ne présente aucun lien avec l'article 13, alinéa 2. La portée de la volonté de l'enfant n'est aucunement limitée par la Convention, en particulier pas par l'article 12, alinéa 2, dont l'applicabilité dépend de la question de savoir si le demandeur a agi dans le délai d'un an ou pas. Il est facilement compréhensible que la portée de la volonté de l'enfant en vertu de l'article 13, alinéa 2, ne puisse pas dépendre de la question de savoir si le demandeur a agi dans les délais ou non.

tenir compte de la volonté des enfants qui s'opposent à leur retour.¹⁰¹ Il y a lieu de clarifier pour la Suisse également, conformément au sens et au but de la disposition, que l'opinion émise par l'enfant est déterminante même si elle est basée sur les circonstances de l'enlèvement et de l'accueil en Suisse, mais sous réserve de l'influence directe exercée par le parent qui s'oppose au retour.

5. Exécution de la décision de retour

5.1 Ordre efficace de l'exécution

Au cours des dernières années, plusieurs procédures de rapatriement ont inutilement traîné en longueur en Suisse parce que les intéressés avaient réussi, à la suite du changement de domicile dans un autre canton, à introduire une procédure concernant l'exécution et d'obtenir un jugement privant la décision de retour de tous ses effets. Dans la plupart des cas, cela a été rendu possible grâce au fait que la décision de retour ne contenait pas d'indications au sujet des modalités d'exécution, de sorte qu'il serait relativement facile de soumettre un nouveau litige aux tribunaux. Il s'agit là d'anomalies qui devraient être éliminées le plus rapidement possible.

Ce n'est que dans de rares cas que la pratique a suivi le conseil de faire figurer les *modalités d'exécution* dans la décision de retour déjà, dans la mesure où ces questions peuvent être réglées par le tribunal.¹⁰² Il existe des exemples à ce sujet.¹⁰³ Une disposition légale devrait généraliser cette solution très importante en vue de la régulation accélérée de cas d'enlèvement.¹⁰⁴

L'efficacité des décisions de retour *dans d'autres cantons*, en particulier dans des cas de changement de domicile, peut poser problème également du fait que l'exécution de tels jugements ne se produit pas automatiquement dans un autre canton. Elle présuppose une autre procédure judiciaire qui peut donner lieu à une nouvelle décision portant sur la demande de retour. Tant que le nouveau code suisse de procédure civile fait défaut¹⁰⁵, le législateur devrait prévoir que des jugements cantonaux relatifs à des enlèvements d'enfants sont exécutoires dans tous les autres cantons suisses.

5.2 La mise en œuvre de l'exécution

Dans quelques rares cas, 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 tout 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 psychi-

¹⁰¹ Cf. par exemple la décision du juge unique du Tribunal cantonal de St-Gall (RSDIE 2001 p. 246, GVP-SG 1999 no 79 p. 183).

¹⁰² ATF 130 III 530 ss, 532 s., approuve une telle réglementation qui relèverait de la sphère de la compétence cantonale en matière d'exécution.

¹⁰³ Cf. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen*, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, AJP 2002 p. 1325-1339 (1338); Sonja Hauser/David Urwyler, *Kindesentführungen*, in: *Rechtshilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs*, Berne 2004, p. 55-80 (76 s.).

¹⁰⁴ En ce sens également l'article 305, chiffre 1 du projet de code suisse de procédure civile (état: septembre 2005).

¹⁰⁵ Cf. l'article 340 du projet (état: septembre 2005).

que.¹⁰⁶ Le principe figurant à l'article 13, alinéa 1, lettre b, 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.¹⁰⁷ Cela concerne par exemple l'utilisation de contraintes sur la personne de l'enfant (coups ou autres châtiments corporels, enfermement), le refus de pouvoir faire ses adieux à l'égard du parent resté en Suisse¹⁰⁸, 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 scolaire¹⁰⁹ 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. L'intérêt de l'enfant doit servir de ligne directrice même dans ces situations extrêmement difficiles.

La préparation et la mise en œuvre de l'exécution représente une situation extrême qu'il faudrait éviter dans la mesure du possible en misant sur la *participation volontaire des parents*. 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. L'autorité chargée de l'exécution devrait aussi tout tenter afin de mettre un terme au litige par ce moyen. Une clarification législative sur ce point présente l'avantage que l'autorité chargée de l'exécution ne se verra pas reprocher qu'elle retarde le retour. S'il existe des chances d'une entente à l'amiable, un tel procédé offre une meilleure voie au regard de l'intérêt de l'enfant que la voie qui conduit éventuellement à l'engagement de mesures de contrainte. Le retour opéré par un parent s'avère également plus avantageux au niveau des coûts.

5.3 Réexamen et modification de la décision de retour

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.¹¹⁰ 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, de la Convention. Des cas récents qui ont également trouvé écho dans les médias ont donné lieu à une nouvelle appréciation de la question du retour de l'enfant dans le cas d'espèce.

Même si un réexamen, voire une modification de la décision de retour paraît en soi possible, il faut tout de même se rappeler en premier lieu le principe selon lequel des décisions de retour doi-

¹⁰⁶ "Geht es um die Vollstreckung eines Entscheides, der den Aufenthaltsort eines Kindes betrifft, so darf der Vollstreckungsrichter die Exekution des Sachurteils nicht unbekümmert um mögliche Auswirkungen auf das Kindeswohl anordnen." (ATF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa, AJP 2002 p. 471, RSDIE 2002 p. 299.

¹⁰⁷ La motion Vermot-Mangold du 7 mai 2003 (03.3214 – Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Protection des enfants), acceptée sous forme de postulat, demande que l'exécution soit aménagée de telle manière qu'elle n'ait pas d'effet traumatisant pour l'enfant.

¹⁰⁸ Intervention Vermot-Mangold du 13 juin 2005, BO CN 2005 p. 782.

¹⁰⁹ ATF 131 III 334 ss, 343 s.

¹¹⁰ Alexander R. Markus, Beschleunigungsgebot und Berufungsfähigkeit bei Kinder-Rückgabeentscheiden nach Haager Übereinkommen, AJP 1997 p. 1085-1092 (1090), parle d'une "décision à caractère provisoire" ("Entscheid mit einstweiligem Charakter"). L'avis défendu par Raphaela Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Zurich 2005, p. 233, selon lequel une telle décision serait comparable plutôt à l'action en protection de la possession, n'est pas partagé par la commission. Il est manifestement incompatible avec le sens et le but de la Convention.

vent être exécutées en vertu de la Convention. Tout le système mis en place par la Convention perd sa signification s'il n'y a pas exécution.

La Cour européenne des droits de l'homme a constaté dans le cadre de l'article 8 CEDH que les Etats contractants sont tenus d'assurer la protection des relations familiales également en admettant et soutenant l'exécution de décisions de retour.¹¹¹ La Cour a toutefois également déclaré qu'un réexamen peut s'imposer si les éléments essentiels de l'état de fait se sont modifiés de façon déterminante du point de vue de l'intérêt de l'enfant.¹¹²

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.¹¹³ Il paraît indiqué de clarifier par voie législative cet aspect qui a provoqué ces derniers temps des flottements dans la pratique.¹¹⁴ D'autre part, de telles situations devraient devenir de plus en plus rares. A cet effet, il est important que les tribunaux statuent sans retard en fixant les modalités d'exécution dans la décision de retour, et que l'exécution ne puisse pas être remise en question dans les autres cantons.

5.4 Sursis à l'exécution et modification de la décision de retour

Les autorités locales chargées de la mise en œuvre de l'exécution d'une décision de retour sont souvent dépassées lorsque l'auteur de l'enlèvement et le représentant de l'enfant font valoir que le retour serait devenu intolérable à cause de faits nouveaux et de la modification de l'intérêt de l'enfant. Cela ne saurait conduire à ce que ces autorités forcent l'exécution de la décision (en recourant, le cas échéant, à des mesures de contrainte) sans tenir compte des réserves émises. Si l'autorité chargée de l'exécution est confrontée à une situation qui lui paraît critique au point de mettre en question la décision de retour, elle doit pouvoir provoquer une intervention auprès de l'autorité judiciaire compétente en matière d'exécution ou pour statuer sur les demandes de modification. Entre-temps, la procédure d'exécution doit être *suspendue à titre provisionnel*. Le tribunal d'exécution et le tribunal compétent pour décider des modifications devraient être la même instance cantonale unique qui statue sur les demandes de retour d'enfants enlevés.

Cette concentration de la compétence présente l'avantage que la demande de suspension de l'exécution peut être jointe avec la demande de modification de la décision de retour.

Selon le projet de code suisse de procédure civile (état: septembre 2005), le 9^{ème} titre devrait également porter sur l'exécution de décisions de retour d'enfants sur la base de la Convention de La Haye de 1980 (art. 340, al. 3). Le projet ne contient pas de règles spéciales relatives aux particula-

¹¹¹ Cf. CEDH., Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I p. 205, § 106; Sylvester, 24.4.2003, § 58, 68-72. Non seulement que la procédure ne doit pas durer trop de temps dans sa totalité, il ne saurait également y avoir de trop longues périodes d'inactivité de l'autorité au cours de la procédure; cf. CEDH, H.N., 13.9.2005, § 80-83.

¹¹² Cf. CEDH, Sylvestre, 24.4.2003, § 63; Pini/Bertani et Manera/Atripaldi, 22.6.2004, § 158.

¹¹³ Une restriction générale qui irait encore plus loin n'aurait pas de sens. On ne peut notamment pas opérer des distinctions en fonction des motifs de la suspension de l'exécution qui seraient de nature "provisoire" ou "durable", cette dernière catégorie n'offrirait par ailleurs pas de possibilité de supprimer l'exécution (dans ce sens ATF 130 III 530 ss, 534; ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, cons. 2, AJP 2005 p. 106, RSDIE 2005 p. 394; ATF 8.6.2004, 5P.156/2004, cons. 3.3 et 3.4, AJP 2005 p. 109). Dans les cas où l'exécution n'est mise en œuvre que quelque temps plus tard, une telle interprétation restrictive ne permettrait pas de tenir compte de la volonté de l'enfant ayant atteint entre-temps une certaine maturité, et il ne serait pas non plus possible de prendre en considération le fait que depuis peu de temps, le parent resté dans l'Etat de provenance n'entre plus en ligne de compte comme responsable de la garde de l'enfant même si une décision à ce sujet fait encore défaut.

¹¹⁴ Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si une telle modification de la décision de retour se base sur l'article 313, alinéa 1, CC ou si elle découle d'un principe non écrit relevant du droit fédéral; ATF 16.10.2001, 5P.477/2000, cons. 2a, RSDIE 2002 p. 314 s.

rités de telles décisions. Il prévoit qu'une partie peut demander la suspension auprès du tribunal d'exécution (art. 342, al. 2), mais il n'indique pas de motifs de suspension axés sur les enlèvements d'enfants (art. 346, al. 3). Cette réglementation est insuffisante. Le moment venu, il y aura lieu d'examiner la relation entre les dispositions proposées par la commission et le futur code suisse de procédure civile.

6. 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;
- l'interdiction de l'établissement du certificat 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 sera déplacé. Une énumération plus détaillée des mesures possibles figure à l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe du 3 mai 2002 sur les relations personnelles avec des enfants.

La commission s'est posée la question de savoir si une liste de telles mesures de protection devrait figurer dans la loi. Le Code civil suisse se contente d'indications assez générales au sujet des mesures possibles permettant de protéger l'enfant. En pratique, les affinements nécessaires ont été opérés. Il n'y a aucune raison de procéder différemment dans les cas de risque d'enlèvement d'un enfant. Une codification légale ne s'impose pas. Elle pourrait présenter l'inconvénient que les tribunaux s'en tiennent strictement aux indications de la loi au lieu d'ordonner des mesures novatrices si elles s'avèrent sensées dans un cas d'espèce. La *médiation* ouvre également ici une nouvelle voie vers une solution.¹¹⁵

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. A cet égard, la commission défend également l'opinion que la réponse à cette question ne serait formulée dans la loi qu'au moyen de notions juridiques relativement indéterminées, notamment puisque le risque d'enlèvement ne doit pas être le même par rapport à chaque mesure envisageable. Il appartient à la pratique judiciaire de trouver la juste mesure. 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 éloigné des litiges. 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 me-

¹¹⁵ Cf. la Résolution 1291 (2002)1 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'enlèvement international d'un enfant par l'un des parents, ch. 5(3).

sures 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 dans les cas de divorce et de séparation représente une mesure appropriée dans beaucoup de cas. La procédure de médiation offre un espace permettant de thématiser la future relation entre les parents et les enfants et de trouver des solutions individuelles taillées sur mesure pour ce qui est de l'exercice du droit de visite. Pour cette raison, il serait souhaitable que la médiation gratuite soit ordonnée dans les procédures de divorce et de séparation impliquant des enfants mineurs. L'idée d'introduire la médiation gratuite dans la future procédure civile fédérale, pour le moins en matière d'enfants et donc dans des procédures de divorce et de séparation, doit être saluée.

Le *réseau* d'experts et d'institutions proposé par la commission pourrait amener de grands avantages dans ce domaine. Il serait à disposition des parents, des curateurs d'enfants et des tribunaux pour les conseiller, leur indiquer des solutions pratiques possibles ou de procéder grâce à leurs connaissances spécialisées à une analyse approfondie de la situation permettant aux intéressés de thématiser les problèmes centraux et de les régler à l'amiable.