

**Analyse juridique (« *Juristische Analyse* »)
et spécialement de la jurisprudence
du Tribunal fédéral au sujet de la mise en œuvre
de la « LF-EEA »**

« *Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants
et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des
adultes* » du 21 décembre 2007
(entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019)

établi par
Gian Paolo Romano
Professeur ordinaire, Université de Genève

en complément du « Rapport final » (« *Schlussbericht* ») portant

**« *Evaluation des Bundesgesetzes
über internationale Kindesentführungen* »**

établi par Christian Bolliger
Büro Vatter, Bern

Genève, 31 octobre 2023

Table des matières

I. Introduction	1
II. « Intérêt de l'enfant » (« <i>Kindeswohl</i> ») et enlèvement international d'enfants	2
1. Considérations générales sur l'intérêt de l'enfant	2
2. Intérêt de l'enfant évoluant à travers deux ou plusieurs pays	8
3. Intérêt de l'enfant enlevé	19
4. Perspectives d'évolution au sujet du cadre normatif international	28
III. Rapport	45
1. Experts et institutions (art. 3 LF-EEA)	46
2. Procédure de conciliation ou médiation (art. 4 LF-EEA)	46
3. Retour et intérêt de l'enfant (art. 5 LF-EEA)	48
4. Mesures de protection (art. 6 LF-EEA)	100
5. Tribunal compétent (art. 7 LF-EEA)	111
6. Procédure judiciaire (art. 8 LF-EEA)	117
7. Audition et représentation de l'enfant (art. 9 LF-EEA)	129
8. Collaboration internationale (art. 10 LF-EEA)	155
9. Décision ordonnant le retour de l'enfant (art. 11 LF-EEA)	172
10. Exécution de la décision (art. 12 LF-EEA)	172
12. Modification de la décision (art. 13 LF-EEA)	206
13. Frais (art. 14 LF-EEA)	219
IV. Bibliographie	245

I. Introduction

1. Le présent document a été établi à la faveur du mandat conféré par l'Office fédéral de la justice au **Büro Vatter** au sujet de l'« *Évaluation de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants* (« LF-EEA ») et du traitement par les autorités fédérales des cas d'enlèvement d'enfants ». Il constitue une sorte d'« annexe » du rapport établi par le **Büro Vatter** intitulé : « *Evaluation des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen, Schlussbericht* ».

Sur l'origine, le contexte et les tenants et les aboutissants du mandat, v. « *Schlussbericht* », « *Grundlagen der Evaluation* », p. 5 s.

2. Le présent document examine la **jurisprudence du Tribunal fédéral** qui met en œuvre la LF-EEA, et laisse de côté l'analyse « directe » de la jurisprudence des *tribunaux cantonaux*, sauf exceptions ponctuelles. Cependant, et parce que la jurisprudence du Tribunal fédéral a pour objet les décisions des tribunaux cantonaux, et notamment les griefs articulés à l'encontre de celles-ci par les recourants, l'analyse *directe* de la jurisprudence du Tribunal fédéral porte *indirectement* sur l'analyse de la jurisprudence *cantonale*, plus exactement de celles des décisions cantonales qui ont fait l'objet d'un recours devant lui.

3. La base de données dénommée « **Swisslex** » et le **site internet du Tribunal fédéral** (www.bger.ch) ont été la source la plus importante des décisions fédérales ici analysées. En particulier, l'auteur du présent document s'est efforcé d'étudier **toutes les décisions rendues par le Tribunal fédéral dans des affaires ayant donné lieu à des controverses**. Les opinions, notamment les **opinions critiques**, des spécialistes qui se sont intéressé-e-s à de telles affaires ont été, dans la mesure du possible, évoquées et prises en considération.

L'auteur dont les écrits et les avis sont le plus souvent évoqués est, sans surprise, le **Professeur Andreas Bucher**, dont les innombrables publications en la matière, et dans des domaines voisins, comportent des trésors d'informations et de concentrés d'analyses qui ont été d'une aide considérable pour développer celle que le présent rapport donne à lire. L'auteur de celui-ci souhaite dès lors exprimer au Professeur Andreas Bucher sa sincère gratitude.

4. Le présent document vise, plus particulièrement, à fournir des **éléments de réponse**, en complément de ceux qu'offre le « *Schlussbericht* », tirés de l'analyse des décisions et des opinions évoquées, aux questions figurant dans le « *Cahier des charges* » tel qu'établi par l'Office fédéral de la justice et **correspondant aux articles 4 à 14 LF-EEA**. Pour chaque groupe de questions, l'exposé se donne un mode « *quadriparti e* » :

- (i) il est d'abord reproduit, pour commodité d'analyse et de lecture, le texte de la **disposition pertinente** de la LF-EEA et les **extraits du Message** à la LF-EEA (FF 2007, 2423 s.) qui s'y rapporte ;
- (ii) il est ensuite reproduit, pour commodité d'analyse et de lecture, le texte des **questions** telles qu'elles ont été formulées par l'Office fédéral de la justice ;
- (iii) est enfin exposée l'« **analyse** », qui n'hésite pas à reproduire les passages textuels des décisions jugées les plus pertinentes ;
- (iv) sont enfin, en guise de **conclusion**, et sous « **Démarches envisageables** », esquissées quelques pistes de réflexion pour une évolution ultérieure, y compris du **texte même de la LF-EEA**.

5. Une section préliminaire, qui s'attarde sur la notion, complexe et multi-dimensionnelle, de l'« **intérêt de l'enfant** », laquelle constitue la trame du questionnaire, et donc en quelque sorte le « *fil rouge* » du mandat et de la réflexion à laquelle celui-ci invite (II), précède le « rapport » proprement dit (III).

II. « Intérêt de l'enfant » (« *Kindeswohl* ») et enlèvement international d'enfants

1. L'expression « *intérêt de l'enfant* » – en allemand « *Kindeswohl* » : « *bien de l'enfant* » – figure dans le texte de multiples questions formulées par le « **Cahier des charges** » et constitue en quelque sorte la **trame de celui-ci**. Il n'est dès lors pas inutile d'essayer de formuler d'abord une série de considérations au sujet de l'intérêt de l'enfant *en général* en tâchant d'en dégager les différentes composantes (1), pour ensuite s'arrêter sur quelques spécificités inhérentes à **l'intérêt des enfants qui évoluent dans un contexte bi-national ou multi-national** (2) puis, plus spécifiquement encore, de se pencher sur l'intérêt de l'enfant qui a fait l'objet d'un **enlèvement désormais consommé** (3).

1. Considérations générales sur l'intérêt de l'enfant (*Kindeswohl*)

2. Il est permis de prendre comme point de départ la **Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989** (« CDE »), ratifiée par la Suisse le 24 février 1997 et entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997. Tous les États du monde – sauf les États-Unis – y ont adhéré, si bien que les principes qu'elle pose, en ce qu'ils ont une **validité universelle**, ne devraient pas susciter la controverse.

- (i) « L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir **dans le milieu familial**, dans un **climat de bonheur, d'amour et de compréhension** ».

Cette phrase est tirée du **préambule même de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989**.

- (ii) Il revient d'abord aux parents – en tout cas *juridiques*, si l'enfant en a, et s'il en a *deux* (et on peut penser qu'il est en général dans son intérêt d'en avoir *deux*, mais ce sujet est sensible, prêté à débat et peut être écarté ici) – de faire évoluer l'enfant **dans un tel « climat »**. Et il revient en principe et d'abord aux parents, lorsqu'ils sont l'un et l'autre détenteurs de l'« *autorité parentale* », de prendre au quotidien les **décisions qui concernent l'intérêt de l'enfant**, au sujet des questions pouvant paraître *moins* importantes (comment l'habiller aujourd'hui ?), comme des questions d'importance *moyenne* (où ira-t-on en vacances ? quel siège-auto acheter ? combien d'heures d'écrans par jour faut-il autoriser ?) jusqu'aux *plus importantes* (quel traitement méd cal ? crèche ou « *maman de jour* » ? quelle école ? quelle religion ? vivre *en ville* ou vivre *à la campagne* ? vivre dans cette partie du pays ou dans cette autre partie du pays ?).

Un tel *droit* des parents – qui est aussi un *devoir* – de décider de ce qui est conforme à son intérêt, et de **trancher entre les différentes options envisageables quant à celui-ci**, est évoqué et protégé par l'article 5 CDE.

Art. 5 CDE

« Les États parties respectent la **responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents** ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ».

- (iii) Il est conforme à l'intérêt de l'enfant que les parents, lorsqu'ils ont des **opinions différentes au sujet de ce qui correspond à l'intérêt de l'enfant** – selon la mère, telle crèche est meilleure pour l'enfant, selon le père, telle autre crèche l'est ; selon la mère, telle opération chirurgicale présente plus de risques pour l'enfant

qu'elle ne lui promet de bienfaits ; selon le père, les bénéfices escomptés valent la prise de risque – fassent preuve de « **compréhension** » (cf. le préambule de la CDE) et de **respect** pour l'opinion de l'autre parent et qu'ils parviennent à une **décision concertée** en surmontant **leur désaccord**, y compris, au besoin, avec l'aide de **professionnels** de l'enfance et des dynamiques familiales.

- (iv) Il est conforme à l'intérêt de l'enfant que les parents, détenteurs de l'autorité parentale, avant de décider de ce qui est conforme à son intérêt, permettent à l'enfant d'**exprimer son opinion** – s'il est en âge de le faire (« *infans* » est, en latin, celui qui ne peut pas encore parler) – **et sa préférence, et qu'ils la prennent en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.**

Art. 12 al. 1 CDE

« Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit **d'exprimer librement son opinion** sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant **dûment prises en considération** eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

On peut se demander si un tel principe ne devrait pas valoir *particulièrement* lorsque les parents **sont eux-mêmes en désaccord** au sujet de ce qui, dans tel domaine ou pour telle question, répond mieux à l'intérêt de leur enfant. L'opinion de l'enfant capable de l'exprimer pourrait ici avoir un poids particulier. Il semble toutefois conforme à l'intérêt de l'enfant que chacun de parent **s'abstienne d'essayer d'en manipuler l'opinion pour la rallier à la sienne**. Les tentatives de manipulation parentale peuvent prendre plusieurs formes et être d'intensité variable, et plus ou moins facilement détectables, et aller jusqu'au *chantage émotionnel*. Le texte de l'al. 1 de l'article 12 CDE parle du « *droit d'exprimer librement son opinion* ». Seulement, distinguer entre une *manipulation attentatoire* à la « *liberté* » d'opinion de l'enfant et l'*influence naturelle* qu'une personne dotée d'une « *autorité* » (autorité *parentale*) déploie inévitablement sur l'esprit et les processus cognitifs de l'enfant n'est pas chose aisée et peut, dans un cas particulier, prêter à controverse (v. *infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 22 s.).

- (v) L'intérêt de l'enfant est menacé par le manque de respect d'un des parents, voire des deux, à son égard, tout comme par toute forme de **négligence** ou de « **désintérêt** » **pour lui, pour son quotidien, ses activités, ses émotions, ses inclinations**, et plus encore, et d'évidence, par toute forme de **violence, physique mais aussi psychique** – y compris sexuelle, qui est une forme particulièrement grave de violence à la fois physique et psychique – **d'un parent contre lui ou elle ou de tout autre membre de la famille ou de toute autre personne vivant au sein du même foyer.**

- (vi) L'intérêt de l'enfant est menacé, sinon par la **séparation elle-même de ses parents** – laquelle l'astreint à une épreuve rude et souvent traumatisante, que les parents soient mariés ou non – par les sources les plus récurrentes d'une telle séparation : **manque de respect réciproque entre les parents, ou de l'un envers l'autre, trahison, négligence, intolérance, violence verbale, psychique ou physique d'un parent contre l'autre.**

L'enfant étant – comme on dit dans le langage familier – une « *éponge émotionnelle* », ce qui fait souffrir l'un *ou* l'autre parent, ou l'un *et* l'autre, risque de le **faire souffrir aussi**. Cette souffrance est d'autant plus importante que le parent qui souffre est le **parent de référence**, s'il y en a un. C'est pourquoi, pour bien implantée qu'elle soit, la distinction entre intérêt de l'*enfant*, d'une part, et intérêt du *parent* et des *parents*, d'autre part, **ne devrait pas être surestimée** et qu'il y a, entre intérêt de l'enfant et intérêt du parent et des parents, bien de *solidarités* et de *convergences*.

- (vii) L'intérêt de l'enfant est, par conséquent, et plus généralement, menacé par **un conflit entre ses parents.**

C'est une fois de plus le « *Préambule* » de la CDE qui le suggère :

« considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un **esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité** » ; **une guerre interparentale se situe à l'opposé de l'idée de paix** à laquelle l'enfant devrait être formé.

Attention ! : le conflit entre parents menace l'intérêt de leur enfant alors même qu'un tel conflit résulte du **désaccord entre parents précisément au sujet de ce qui correspond au mieux à son intérêt**. Un tel conflit est particulièrement insidieux lorsqu'il intervient **à la suite de la séparation des parents**, et qu'il a pour objet les questions cruciales de la **résidence post-séparation de l'enfant, de la garde et des droits de visite**, comme lorsque la mère dit : « *son intérêt est de vivre avec moi ici* » et le père « *Non : son intérêt est de vivre avec moi là-bas* ».

Exemple 1 (il s'agit d'une affaire sur laquelle j'ai dû consulter en 2020) : Madame, *saint-galloise*, germanophone, Monsieur, du *Jura bernois*, francophone (à ma surprise : il parle très mal l'allemand ; les parents communiquent en *anglais* entre eux, comme l'attestent les « sms » échangés entre eux et versés au dossier) sont les parents de trois garçons. La famille a vécu à titre principal dans le Jura bernois où les garçons ont été et sont toujours scolarisés. A l'issue de la séparation des parents, qui intervient lorsque leurs enfants ont 9, 6 et 3 ans, la mère veut se réinstaller à Saint-Gall et pense qu'il répond à l'intérêt des enfants de s'installer à Saint-Gall avec elle. Le père pense qu'il répond à l'intérêt des enfants de continuer à vivre avec lui dans le Jura bernois : conflit entre détenteurs de l'autorité parentale au sujet de ce qui est dans l'intérêt des enfants s'agissant de leur lieu de résidence post-séparation, de la garde et des visites.

Exemple 2 (tiré d'une **affaire helvético-mexicaine** célèbre qui a donné lieu à quatre décisions du Tribunal fédéral, en 2015 et en 2018 : il en sera question plus loin : ad art. 5, 9, 12 et 13 LF-EEA) : voici le compte-rendu inscrit dans la troisième décision du Tribunal fédéral de l'audition de la fille, âgée alors de 10 ans, « tirailée » entre ses deux parents, qui compare le tiraillement *psychologique* qu'elle éprouve à un déchirement *physique* : « Grundsätzlich entspricht ihre Situation einem heftigen Nachtrennungskonflikt. Sie berichtet über die Familiensituation wie folgt: «Mein Vater sagt in mein rechtes Ohr schwarze Schokolade, meine Mutter in mein linkes Ohr weisse Schokolade und deshalb sage ich selbst braune Schokolade.» Mit einem anderen Bild habe sie gemeint: «**Es ist, wie wenn mein Vater von rechts an meinen Haaren ziehen würde und meine Mutter von links.**» C. meine, irgendwie müsse sie für den Vater und die Mutter schauen... Darum gebeten, auf einer Linie anzuzeichnen, ob es sie eher zum Vater oder zur Mutter hinziehe, habe sie das Kreuz mit aller Klarheit genau in die Mitte der Linie gesetzt, was bedeute, dass für sie beide Elternteile gleich wichtig seien. **Sie leide stark unter der Situation, sei damit überfordert und wisse keinen Ausweg** » (ATF, 5A_539/2015, cons. 2).

Un tel conflit entre les deux parents rappelle deux choses :

- (a) d'une part, deux personnes ayant une certaine « *autorité* » à l'égard de l'enfant – personnes *physiques*, comme les *parents*, mais aussi *morales*, comme les États et, justement, leurs « *autorités* » : et c'est un point, fondamental, qu'on développera (dans cette même Section II.2, n° 4 s.) – peuvent développer des opinions et porter des appréciations différentes et mêmes **opposées** au sujet de **l'intérêt du même enfant** concernant une question de grande importance, tel le lieu de vie de l'enfant à la suite de la séparation parentale ; ces deux appréciations peuvent être au surplus l'une et l'autre **défendables** et **avancées en bonne foi** ;

- (b) d'autre part – et c'est bien là la source de **tant de problèmes** – un conflit prolongé entre deux personnes physiques (ou morales) qui ont une *autorité* pour dire ce qui est conforme à l'intérêt de l'enfant **est lui-même contraire à l'intérêt de cet enfant.**

C'est d'ailleurs pour protéger l'enfant contre les maux résultant du conflit prolongé entre les détenteurs de l'*autorité parentale* que les collectivités humaines organisées en États prévoient, dans de telles situations de conflit inter-parental, l'**intervention de services et autorités étatiques** en leur confiant la tâche d'aider les parents à surmonter un tel conflit au sujet de ce qui est conforme à l'intérêt de leur enfant, et en dernier ressort, de le *trancher*.

Exemple 1 (suite) : Les opinions du père jurassien et de la mère saint-galloise au sujet de l'intérêt de leurs trois garçons quant au lieu de résidence post-séparation peuvent être l'une et l'autre avancées en bonne foi, bien argumentées et tout à fait défendables. Il n'en demeure pas moins que le conflit résultant du fait qu'aucun des parents n'est prêt à faire un compromis menace précisément l'intérêt de ces enfants.

- (viii) Le plus **intense, déchirant, durable et onéreux le conflit entre ses parents au sujet de ce qui correspond à son intérêt, le plus cet intérêt est menacé.** Une **issue amiable, plus rapide, moins couteuse**, et qui favorise le maintien **d'une attitude collaborative** entre les parents – au besoin trouvée à l'aide de **médiateurs ou médiatrices** et d'autres professionnels de l'enfance – est en général (et souvent de loin) préférable à une **issue judiciaire**, ou à une issue plus longue, plus couteuse ou qui rend **moins probable** une attitude collaborative entre les parents. Plus généralement, ce qui **favorise la désescalade** du conflit inter-parental est en général (et souvent de loin) préférable à ce qui en **favorise l'escalade.**

Il convient aussi d'évoquer la question des coûts pour la **collectivité** qu'induisent des **batailles inter-parentales**. Une bonne partie du salaire des acteurs qui interviennent en cas de conflit entre parents est à la **charge de la collectivité** (juges, services de protection de l'enfant, police, etc.). Cela vaut particulièrement pour les *affaires d'enlèvement*, où s'applique le principe de la *gratuité* pour les parties (v. *infra*, art. 14 LF-EEA). Le plus d'argent *public* une collectivité doit investir dans la résolution des conflits entre les parents de « ses » enfants, le moins d'argent *public* une telle collectivité peut se permettre d'investir pour soutenir « ses » enfants dans leur parcours scolaire, construire des infrastructures sportives, ou moyennant des allocations familiales, etc.

S'agissant de l'argent *privé*, il arrive trop fréquemment que des parents **s'épuisent financièrement, ou s'endettent, pour participer à de telles guerres judiciaires** et que, une grande partie de leur salaire étant versée à leurs avocats, ils ne soient plus en **position de payer l'entretien pour leurs enfants**, ce qui n'est bien sûr en général pas conforme à l'intérêt de ceux-ci.

Cf. l'expérience relatée par Missing Children Switzerland : « *Nous observons encore une fois que la question d'endettement financier du parent pour faire valoir les droits de ses enfants et les siens est malheureusement assez courante* » (Missing Children Switzerland, observations du 7 sept. 2023).

N'oublions pas, au sujet des coûts pesant sur la collectivité, d'autres coûts *indirects* **mais non moins importants**. Comme une **spécialiste du contentieux familial en fait le constat**, « *les coûts de la santé explosent... Chacun a son psychiatre de son côté ; la situation socio-professionnelle des [personnes] en litige se péjore avec des gens qui... démissionnent de leur emploi après un arrêt-maladie prolongé et finissent soit invalides soit bénéficiaires de l'assistance sociale* » (A. Reiser, Au nom de l'enfant : Séparer sans se déchirer, 2012).

A l'heure où un débat public en Suisse s'engage – avec peut-être plus de force qu'auparavant – au sujet de la manière de contenir les coûts de la santé, pour

endiguer l'augmentation des primes maladies, il est utile d'évoquer l'impact des litiges familiaux précisément sur ces coûts et sur le système de santé en général.

Une procédure judiciaire risque, par la **conflictualité qu'elle suppose et qui s'y déploie** entre *parents*, parfois aussi la rivalité entre leurs *avocat-e-s* et d'autres auxiliaires, de **radicaliser** l'opposition entre les parents – à travers des écritures procédurales partiales, tendancieuses, parfois mensongères, agressives, parfois incendiaires, qui « *jettent de l'huile sur le feu* » au lieu d'essayer de l'éteindre. Tout cela est susceptible de **concourir à la destruction mutuelle des parents** et, par conséquent à la *destruction*, émotionnelle et psychologique de l'enfant, dont on a rappelé qu'il est comme une « *éponge émotionnelle* » (*supra*, n° 2 (iii)).

Il semble bien que la vision des juristes, notamment de ceux qui ont à faire aux tribunaux et aux décisions de justice, qui commentent les arrêts de la Cour suprême, les « **ATF** » en Suisse, soit exposée au risque d'un « *biais cognitif* » (v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 48 s. ; ne parle-t-on de « **déformation professionnelle** » ?). Un tel biais peut les conduire à penser qu'il est au fond « *normal* » pour un enfant d'être au centre, pendant plusieurs mois – voire plusieurs années – d'une ou plusieurs *procédures judiciaires* et d'une ou plusieurs *décisions de justice*, qu'il n'y a rien d'*inhabituel*. Certains collègues de l'Université de Genève enseignent que « *Le triomphe du droit, c'est dans la décision d'un juge* ». Or s'agissant des enfants et des familles, lorsqu'une procédure judiciaire a été engagée, c'est déjà **qu'une atteinte a déjà été portée à différentes dimensions du « Kindeswohl »**, notamment celles évoquées aux chiffres (i), (ii), (iii), (vi), (vii). Chaque arrêt du Tribunal fédéral rendu sur des conflits parentaux suppose, du côté de l'enfant, et des parents, des **souffrances souvent considérables**.

C'est la paradoxe de notre activité (de nous les juristes) : nous parlons d'intérêt de l'enfant, mais nos diapositives, nos articles, sont truffés de citations d'« ATF » ; or si ATF il y a eu, c'est que **bien des aspects fondamentaux du « Kindeswohl », pour ces enfants-là, sont passés à la trappe**.

En songeant au « *bien* » de notre enfant, Leonardo, qui a un peu plus de 2 ans, mon épouse, Adriana, juriste elle aussi (!), et moi-même, nous nous sommes souvent dits : « *Nous allons essayer de lui épargner des 'ATF' ayant pour objet le conflit entre ses parents* ». Si séparation devait y avoir – ce qui serait déjà une épreuve pour lui ; ce n'est heureusement pas à l'ordre du jour... – au moins il n'y aura pas d'ATF. Car, pour reprendre l'intitulé de l'ouvrage de Maître Anne Reiser, **on peut « se séparer sans se déchirer »** (« *Au nom de l'enfant : Séparer sans se déchirer* », Favre, 2012). Un « ATF » dévoile un « déchirement » familial **au stade avancé**.

Pour le constat que les litiges au sein des familles alimentent une **industrie des conflits** qui fait vivre **beaucoup de professionnels**, et qu'il devient difficile de s'attendre de ces professionnels qu'ils s'engagent résolument **en faveur de la prévention**, comme il est difficile de s'attendre des marchands de lunettes qu'ils s'engagent en faveur de la prévention de la myopie, v. Freie Rede über Mediation (insbesondere Familienmediation), über Fortschritte, die gemacht wurden, und über Fortschritte, die noch gemacht werden müssen, in: Schweizerischer, Verein für Familienmediation – Generalversammlung 2022. Berne, 2022, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160299>> ; Simples propos sur la prévention des conflits intra-familiaux – Remarques conclusives de la séance constitutive de l'Association pour les Relations Familiales, in: Séance constitutive de l'Association pour les Relations Familiales ARF [par la suite rebaptisée SCOPAL], Genève, 2020, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135166>>.

- (ix) Lorsque l'enfant est, le plus souvent malgré lui, au centre d'une **procédure judiciaire** ayant pour objet le conflit entre ses parents, il est en général conforme à son intérêt, lorsqu'il est capable de discernement, qu'il ou elle soit représenté-e par une **personne tierce** – autre que les parents en conflit et « *au-dessus de la mêlée* » –

et qu'il ou elle puisse **librement exprimer** son opinion, **et donc qu'il ou elle soit entendu-e, et que ses opinions soient dûment prises en considération** eu égard à son âge et à son degré de maturité.

Voici le texte complet de l'**Article 12 CDE**

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer **librement son opinion** sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans **toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant**, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Il est particulièrement important, dans ce contexte, de s'assurer que l'opinion de l'enfant **ne soit pas indûment manipulée** par un parent, qui l'aurait « *monté* » contre l'autre, ou – pire – qui aurait essayé de l'en aliéner, l'aliénation *parentale* pouvant même constituer une **forme de violence** à l'égard de l'enfant « aliéné » (même si la littérature médicale fait état de controverses à ce sujet). La présence d'un curateur ou d'une curatrice, personne neutre et « *superpartes* », peut dès lors être **particulièrement bénéfique**.

- (x) Si **décision judiciaire** en matière de lieu de résidence, garde et droit de visite devait y avoir pour un enfant, la recherche d'une **exécutée spontanée** d'une telle décision est, **souvent de loin, plus conforme à l'intérêt de l'enfant** que la recherche d'une **exécution forcée**.

Et d'ailleurs une exécution *forcée* de maintes obligations destinées à satisfaire les droits subjectifs correspondants, s'agissant du droit *non-patrimonial* de la famille, est souvent **matériellement impossible**. Autant, en matière *patrimoniale et commerciale*, une décision condamnant une personne physique ou morale 1 à verser à une personne 2 une somme d'argent (100.000, 1 million, 10 millions, etc.) peut (si bien entendu le débiteur a des biens suffisants) être **aisément exécutée de manière forcée** contre la volonté du débiteur, même s'il essaie d'opposer une résistance physique *farouche*, et **à un coût modeste** (moyennant l'envoi d'un courrier – en Suisse – par l'Office de poursuite à la banque du débiteur) **et en quelques secondes** (l'employé de sa banque donnera l'ordre de transfert), autant il est impossible pour la collectivité de charger un **gendarme** de surveiller la mise en œuvre tous les vendredis soir de l'obligation de **chaque mère séparée et ayant la garde** de remettre l'enfant au père à 18h, et de surveiller la mise en œuvre tous les dimanches soir de l'obligation du père de le lui ramener. Favoriser une **attitude coopérative post-judiciaire** entre les parents est essentiel car l'intérêt de l'enfant commande qu'**ils continuent de coopérer**, ne serait-ce que pour mettre en œuvre le règlement judiciaire de leurs droits et leurs obligations.

- (xi) Pour favoriser l'exécution *spontanée* des décisions de justice, il convient de favoriser l'**acceptation par les destinataires** de telles décisions. Il faut à cet effet que la personne et notamment le parent à qui une décision de justice impose des obligations puisse la considérer comme **suffisamment légitime même si elle ne lui donne pas raison, ou pas totalement**. La question est complexe. Disons simplement ici qu'une décision est « *légitime* » aux yeux des justiciables, et d'abord de l'une et l'autre parties à la procédure qu'elle achève, lorsque l'autorité qui la rend est telle qu'elle apparaît comme *suffisamment neutre et indépendante*, que l'*égalité des armes* a été ou sera assurée, que chaque partie, ici chaque parent, a raison de croire **qu'il n'a pas été ou ne sera pas traité de manière inéquitable, discriminatoire ou désavantageuse par rapport à l'autre** en raison de critères qui ne devraient pas entrer dans le processus décisionnel.

La dernière grande réflexion sur la « justice » est probablement celle de John Rawls, *A Theory of Justice*, dont la première édition est parue en 1971. Cet auteur insiste sur la composante fondamentale de la justice qu'est la « *procedural fairness* ». Pour lui, l'équité du point de vue de la neutralité et de l'indépendance de l'autorité qui tranche et de la *procédure* organisée et suivie à cet effet est plus importante que la justice quant au *fond* de la décision. Car au sujet du fond, un **désaccord raisonnable et moral est souvent possible**. La preuve en est que des membres d'un tribunal *collégial* peuvent être en désaccord entre eux et, dans notre domaine, au sujet de ce que commande l'intérêt de tel enfant (il peut y avoir des opinions *dissidentes*). Et n'oublions pas qu'un tribunal d'*appel* peut être *en désaccord* avec un tribunal de *première instance* et c'est en vue de la possibilité d'un tel désaccord qu'un droit de *recours* est accordé aux parties à la procédure de première instance. Sur la **fréquence des désaccords entre les membres mêmes de la Cour européenne des droits de l'homme** dans les **affaires internationales d'enlèvements**, c'est-à-dire au sujet de ce que commande l'intérêt de tel ou tel enfant particulier, v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 51 s.

Le risque, dans les affaires *internationales*, que cette dimension de l'intérêt des parents et de l'intérêt de l'enfant – tenant à la **légitimité aux yeux des parties de l'autorité compétente pour statuer sur ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant** – *passe inaperçue* et qu'elle soit *méconnue*, fait qu'il est particulièrement important de l'évoquer précisément à propos de ces affaires *internationales*. Il en sera dès lors question plus loin (v. *infra*, n° 4 vi).

- (xii) En cas de séparation des parents, il est conforme à l'intérêt de l'enfant, sauf situations exceptionnelles, qu'il **puisse maintenir des contacts avec les deux parents et, avec les autres membres de la famille « élargie »** – grands-parents, oncles, tantes, cousins et cousines – s'il en avait établis, selon une intensité, une fréquence et une périodicité qui dépend de beaucoup de facteurs et d'abord de la **proximité ou distance du lieu de vie post-séparation des parents**. Ce point est lui aussi particulièrement délicat dans les affaires *internationales* (v. *infra*, n° 4 viii). Il convient alors de se tourner vers celles-ci.

2. Intérêt des enfants évoluant à travers deux ou plusieurs pays

4. Si les principes développés plus haut semblent *a priori* valables pour tous les enfants, que leur vie se concentre à l'intérieur des frontières d'un pays ou qu'elle les déborde pour se situer également à l'intérieur de celles d'un autre pays, on peut penser que l'intérêt des enfants issus de **familles bi- ou transnationales** appellent quelques considérations particulières. On prendra la liberté d'en formuler ci-dessous un certain nombre, qui devraient paraître d'autant plus acceptables (on l'espère en tout cas) que certaines prennent appui elles *aussi* sur la **Convention relative des droits de l'enfant de 1989** qui, dans plusieurs dispositions, vise *spécialement* les enfants évoluant « *biterritorialement* » ou « *multiterritorialement* ».

- (i) Un premier constat d'importance est hélas **rarement fait** : l'intérêt d'un enfant qui présente des attaches avec **deux collectivités étatiques et deux États, A et B**, dont chacun pourrait avoir « *vocation* » à le « *protéger* », est menacé non seulement par les conflits entre ses *parents* au sujet de ce qui est conforme à son intérêt – notamment quant à son *lieu de vie* post-séparation : sur le territoire de l'État A ou de l'État B ? – **mais également par le conflit entre « ses » deux États, et leurs « autorités », au sujet de la meilleure manière de trancher le conflit entre les parents, c'est-à-dire en définitive au sujet de qui est dans son meilleur intérêt.**

Ne dit-on pas l'« *enfant du pays* » ? Or les enfants qui nous intéressent sont en quelque sorte « *enfants de deux pays* ». Comme un conflit entre la *mère* et le *père*

d'un enfant au sujet de ce qui est conforme à son intérêt menace précisément son intérêt (v. *supra*, n° 3), de même le **conflit entre l'« État de la mère »** (ne dit-on « *mère patrie* » ?) et l'« État du père » (« *Vaterland* ») **au sujet de l'intérêt de « leur » enfant menace lui aussi précisément son intérêt.**

Exemple 3 (inspiré de l'affaire *helvético-anglaise* qui a donné lieu à ATF 5A_936/2016). Une petite fille est née en Angleterre d'un père *britannique* et d'une mère *suisse*. Après avoir vécu quelques années en Angleterre à titre principal, tout en faisant des fréquents séjours en Suisse, les parents se séparent, ce qui constitue déjà une épreuve délicate et probablement douloureuse pour la fille (*supra*, n° 2 (vi)). A la suite de la séparation, les parents sont en conflit au sujet de ce qui correspond à son **meilleur intérêt** :

- (i) la mère veut rentrer en Suisse et pense qu'il est plus conforme à **l'intérêt de la fille que celle-ci soit autorisée à s'installer avec elle en Suisse** ;
- (ii) le père qui, n'ayant pas de liens personnels directs avec la Suisse, restera en Angleterre, où la famille a toujours vécu, et aussi en raison de ses problèmes de santé, pense qu'il est plus conforme à **l'intérêt de sa fille qu'elle puisse continuer à vivre en Angleterre.**

Ce conflit entre parents au sujet du meilleur intérêt de leur fille est en soi une menace **précisément pour l'intérêt de leur fille.**

Mais l'intérêt de cet enfant **serait également menacé** si les deux États « co-intéressés », l'État du père (*Vaterland*), l'Angleterre, et l'État de la mère (*mère-patrie*), la Suisse, pensent l'un et l'autre qu'ils ont à le **droit de développer et d'essayer d'imposer leur propre vision** de l'intérêt de cet enfant helvético-britannique et que notamment

- (i) pour l'Angleterre, qui s'exprime par une décision de la *High Court of Justice, Family Division*, il est plus conforme à l'intérêt de cette fille que le conflit entre ses parents soit tranché en faveur de la vision du père, c'est-à-dire en ce sens que la fille continue de vivre en Angleterre ; la mère pourra certes continuer d'exercer la garde mais uniquement si elle décide de rester en Angleterre ; si elle insiste pour déménager Suisse, la garde sera confiée au père ;
- (ii) pour la Suisse, qui s'exprime par une décision d'abord des tribunaux *genevois* – canton de l'installation *projetée* par la mère – puis et au besoin par le *Tribunal fédéral*, il est plus conforme à l'intérêt de la fille que le conflit entre les parents soit tranché en faveur de la vision de la mère et que la fille soit autorisée à suivre la mère en Suisse dès lors que celle-ci décide de s'y installer.

Exemple 1 (suite). Cela vaut aussi lorsque les États co-intéressés sont des « Cantons » (qui sont aussi des *États* : État de Vaud, État de Genève, qui est même une *République*). *Quid* si le juge de l'État de Berne (précisons : du *Jura bernois*) pouvait être saisi par le père et dire : « *Il est conforme à l'intérêt de ces trois garçons qu'ils continuent de vivre avec le père dans le Jura bernois* » ; et le juge de l'État de Saint-Gall pouvait être saisi par la mère et dire : « *il est conforme à l'intérêt de ces trois garçons qu'ils puissent vivre avec la mère à Saint-Gall* » ? Les enfants destinés à évoluer *bi-cantonalement* doivent être protégés **contre le risque de conflits entre les États-Cantons concernés** et sur les territoires desquels ils doivent pouvoir continuer à évoluer, aussi défendable que soit chaque décision « mono-cantonale » et l'appréciation qu'elle porte à ce sujet. A la surprise des avocat-e-s qui assistaient les parties – qui ont fini par imputer l'*imbroglio* à une certaine rivalité *inter-linguistique* tout autant qu'à la *fierté jurassienne* – chacun des juges a commencé par retenir sa **propre compétence** et menaçait de trancher le conflit en faveur du parent qui l'avait saisi, ce qui aurait plongé les enfants dans une situation d'**anarchie intercantonale.**

- (ii) Pour prévenir de tels conflits entre États et leurs autorités au sujet de l'appréciation de l'intérêt des enfants ayant des contacts avec deux (ou plusieurs) d'entre eux, **bien**

des États du monde – une *centaine* – **ont adopté la Convention de La Haye de 1980** (« CLaH 80 »), environ une *cinquantaine de ces États ont adopté la Convention de La Haye de 1996* (« CLaH 96 ») et 26 d'entre eux, les États-membres de l'Union européenne, ont, par l'intermédiaire des autorités européennes, adopté le **Règlement dit « Bruxelles II »**, dans ses différentes versions, dont la dernière, dit Bruxelles II-ter, est en vigueur depuis le 1^{er} août 2022 (pour les références, v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 27).

Le Message à la LF-EEA, dans le « *condensé* », parle des « difficultés [qui] sont encore accentuées par les **conflits de compétence entre États**, qui débouchent sur des décisions contradictoires » (FF 2007, 2434). L'entrée en vigueur de la LF-EEA au 1^{er} juillet 2009 marque l'entrée en vigueur pour la Suisse de **la CLaH 96** que la LF-EEA vise également.

En adhérant à ces trois instruments, les États « *partenaires* » ont cru pouvoir prévenir les conflits entre eux – entre deux (ou plusieurs) États « *partenaires* » avec lesquels un enfant a des liens – au sujet de l'appréciation de l'intérêt de cet enfant, en principe, **de la manière suivante :**

- (a) en confiant à l'un des États co-intéressés, et à ses autorités, le soin de trancher le conflit entre les parents détenteurs de l'autorité parentale ; **cet État a donc a priori le « droit », opposable à l'État partenaire, de faire prévaloir sa propre vision** (« *mono-étatique* » quant à l'autorité qui la développe) de l'intérêt de l'enfant au sujet du lieu de résidence, de la garde, et du droit de visite en cas de conflit entre les parents ;
- (b) en prescrivant à l'autre État co-intéressé l'« *obligation* » correspondante de **s'abstenir d'y opposer sa propre vision de l'intérêt de l'enfant** quant au lieu de résidence, à la garde et aux droits de visite et en principe de respecter et mettre en œuvre sur son territoire la vision de l'État « compétent ».

L'État qui *a priori* le « *droit* » faire prévaloir sa propre vision de l'intérêt de l'enfant à ce sujet est en principe, et sauf exceptions, l'**État de la résidence habituelle actuelle** de l'enfant, au moment où la question se pose. L'État co-intéressé, qui peut être lui aussi un **État candidat à accueillir la résidence habituelle future de l'enfant**, est *a priori* tenu à s'abstenir d'opposer une vision *antagoniste*. Ce principe est *explicité* à l'article 5 CLaH 96 et à l'article 7 du Règlement Bruxelles II-ter et *implicite* dans la CLaH 80. Ce principe connaît cependant des **exceptions**. En voici quelques-unes.

- (a) Les États co-intéressés peuvent procéder à un **échange de vues** et convenir d'un **transfert de compétence de l'État de la résidence habituelle actuelle à l'autre État**, qui – insistons-y – peut être celui d'une possible résidence habituelle *future* (article 9 CLaH 96 : v. *infra*, ad 10 LF-EEA, n° 19).
- (b) Il est possible pour les autorités de l'État co-intéressé autre que l'État de la résidence habituelle *actuelle* de **soumettre des observations** à celui-ci sur la manière dont l'on pourrait apprécier une question déjà litigieuse ou pouvant le devenir (cf. art. 35 CLaH 96).
- (c) En général une **coopération** entre les autorités des deux États co-intéressés est favorisée par ces instruments, et par le travail de « suivi » fait par la Conférence de La Haye. L'engagement d'une **procédure de « co-décision »**, où en quelque sorte les autorités des deux États décident *ensemble* ce qui est dans l'intérêt de « *leur* » enfant ne serait dès lors pas contraire à la *lettre* de ces instruments **et pourrait même être parfaitement conforme à leur esprit** en ce que conforme à l'intérêt de l'enfant. Et de fait, comme il est conforme à l'intérêt de l'enfant que le *père* et la *mère* décident *ensemble* de ce qui est conforme à son intérêt (v. *supra*, n° 2 (iii), n'est-il conforme à l'intérêt

de l'enfant que, si le père et la mère ne parviennent pas à décider ensemble et qu'ils sont *en conflit*, au moins l'*État du père* et l'*État de la mère* parviennent, eux, à **décider ensemble** de la manière dont le conflit inter-parental devrait être surmonté ?

Exemple 3 (suite). Si la fille a sa résidence habituelle en Angleterre lorsque se manifeste le désir de la mère de quitter l'Angleterre pour la Suisse, les deux États co-intéressés, moyennant la négociation et l'adhésion à la CLaH 96, ont convenu, pour prévenir et surmonter un conflit entre leurs autorités, que les **autorités anglaises ont en principe compétence pour fixer son lieu de résidence, la garde et les droits de visite**, c'est-à-dire pour faire prévaloir leur propre point de vue de l'intérêt de l'enfant à ce sujet. **Les autorités suisses doivent en principe s'abstenir d'imposer le leur.** Il est possible cependant pour les autorités de deux États co-intéressés de procéder à un *échange de vue* jusqu'à convenir d'un **transfert de compétence** en faveur des autorités suisses (article 9 CLaH 96 ; ad art. 10 LF-EEA, n° 19), tout comme les deux autorités peuvent et sont même invitées – v. la Déclaration de Washington de 2010, qui émane de la Conférence de La Haye (*infra*, n° 23) – à **coopérer** au cas où la mère souhaiterait introduite devant les autorités anglaises une requête d'autorisation au déménagement avec l'enfant en Suisse (« *relocalisation* »).

- (iii) Il est en général conforme à l'intérêt d'un enfant **de ne pas être déplacé** par un parent **à l'insu et contre la volonté de l'autre parent**, d'un État A dans lequel il a, au moment du déplacement, sa résidence habituelle (par exemple l'*État du père*), vers un État B avec lequel il peut avoir déjà des liens, même importants (du fait par exemple qu'il est l'*État de sa mère*). Cela est particulièrement vrai lorsque l'autre parent, en tant que (co-)détenteur de l'autorité parentale, (co-)détient lui – en tout cas lui aussi – le **droit de (co-)déterminer** le lieu de résidence de l'enfant. Si bien que, s'il a lieu, un tel déplacement **survient en violation d'un tel droit et est par conséquent en principe illicite**.

Il convient de rappeler quelques-unes des raisons de la **contrariété de principe** à l'intérêt des enfants d'un tel déplacement international illicite.

- (a) Un tel déplacement contrevient d'abord aux principes fondamentaux qui ont été rappelés plus haut (n° 2, (iii), (iv)), selon lesquels, d'une part, il appartient aux *deux* parents – s'ils sont l'un et l'autre détenteurs de l'*autorité* parentale – de **décider ensemble** de ce qui correspond à l'intérêt de leur enfant, notamment sur des questions aussi importantes que le **lieu de vie et de résidence de l'enfant** ; d'autre part, qu'en cas de désaccord entre parents sur ces points, ils devraient, toujours dans l'intérêt de l'enfant, essayer de le **surmonter à l'amiable**, au besoin à l'aide de professionnels ; qu'enfin, à défaut de parvenir à surmonter le désaccord à l'amiable, ils s'adressent, ou que l'un d'eux s'adresse, à cet effet, à des *autorités étatiques* « *superpartes* », qui ont, justement, « autorité » et compétence pour *trancher* le désaccord et prendre, même en **urgence**, les mesures nécessaires, y compris celles qui, dans des cas extrêmes, consisteraient à *éloigner* temporairement un parent de l'enfant ou de l'autre parent. La décision d'un parent de déplacer la résidence de l'enfant *contre* la volonté de l'autre parent et la mise en œuvre tout aussi *unilatérale* de cette décision constitue *a priori* un **acte de justice privée** au sens de « *Selbstjustiz* » contraires aux principes de la vie en société prévalant au sein d'un État de droit.
- (b) Un **déplacement international illicite** est souvent vécu comme une trahison ou un « *coup de poignard* » par le parent qui le subit, dit justement « *parent abandonné* », qui raconte souvent que sa vie en a été « *brisée* » (cf. *infra*, n° 26). Il est en général, on y a insisté (*supra*, n° 2 vii), **contraire à l'intérêt de**

l'enfant qu'un parent puisse faire du mal à l'autre parent et, à plus forte raison, aller jusqu'à en « *briser la vie* ».

- (c) Par conséquent, un déplacement illicite est *a priori* susceptible d'envenimer les **relations entre les parents**, c'est-à-dire de favoriser l'*escalade* du conflit entre les parents, et d'éloigner la perspective du maintien, malgré leur séparation, d'une **attitude collaborative entre eux**. Comme indiqué plus haut (v. *supra*, n° 2 viii), une telle intensification du conflit et l'éloignement d'une perspective de solution amiable sont **aussi en général contraires à l'intérêt de l'enfant**.

Il est utile de réfléchir à ce que c'est le caractère *illicite* du déplacement international qui est *contraire à l'intérêt de l'enfant* et non pas en soi le **déplacement lui-même**. Il arrive que les enfants de familles internationales déménagent une ou plusieurs fois au cours de leur enfance et adolescence – en vivant par exemple quelques années dans l'État d'origine du père, puis dans l'État d'origine de la mère – avec les deux parents, **mais aussi avec un seul d'entre eux**. Parfois, bien sûr, les enfants ne sont pas enchantés à l'idée de déménager (« *je ne verrais plus mes amis d'ici* »). Mais, dans la mesure où de tels déplacements sont décidés *ensemble* par leurs parents, les enfants finissent par s'en accommoder et après quelques mois, ils sont souvent plutôt heureux de leur nouveau contexte, d'autant qu'ils y trouvent souvent des membres de la famille du parent qui est originaire de ce pays. A la longue, le fait pour une personne d'avoir vécu dans deux (ou trois) pays, d'avoir partagé sa scolarité entre deux (ou trois) pays, peut même être une **richesse** – et donc parfaitement **conforme à son intérêt bien compris – en raison de la double culture, de la double langue et de la double connaturalité qu'il peut de la sorte acquérir** avec chacun des pays co-intéressés.

Exemple 3 (suite) : Si le père britannique et la mère suisse qui ont vécu jusque-là en Angleterre décident de déménager *ensemble* en Suisse avec leur fille, un tel déplacement de la résidence de la fille d'Angleterre vers la Suisse ne pose bien sûr en général pas de *problème juridique* particulier même si la fille peut initialement ne pas être enthousiaste à l'idée de quitter son milieu social et scolaire anglais et penser même que cela est *contraire à son bien*. Si les deux parents *se séparent* mais qu'ils décident, après moults débats, mais *ensemble*, que la mère et la fille s'installeront en Suisse alors que le père restera en Angleterre, le déplacement international de la fille d'Angleterre vers la Suisse dont la mère a eu l'initiative **ne pose pas de problème particulier alors même que la fille peut y être réticente** et que le père, qui y consenti aussi par esprit de compromis, n'est pas très heureux de voir sa fille beaucoup moins qu'auparavant.

Le déplacement constitutif d'un enlèvement est **à réprover** non pas tant parce qu'il y a *déplacement*, mais en raison de la **manière dont il a lieu**, et du fait qu'il est le fruit d'une décision d'un seul parent prise parfois à l'insu de l'autre parent et en tout cas **contre la volonté de l'autre parent, et au détriment des droits de celui-ci**.

- (d) L'*enlèvement* de l'enfant par un parent d'un État A vers un État B peut, s'il n'est pas sanctionné, stimuler un **contre-enlèvement** de l'État B vers l'État A par l'autre parent. Si un premier déplacement *illicite* n'est pas « *civilement* » sanctionné par l'État B, pourquoi un contre-déplacement dans un sens opposé devrait l'être par l'État A ? Plongeant l'enfant dans une espèce d'anarchie internationale, cet **enchaînement d'enlèvements et contre-enlèvements** est d'évidence **désastreux** pour lui.

Exemple 4 (affaire *Oliver Weilharter*). La mère autrichienne, Marion Weilharter, a déplacé Oliver du Danemark vers l'Autriche sans l'autorisation du

père danois, Thomas Sørensen. Celui-ci sollicite le retour d'Oliver vers le Danemark devant les autorités autrichiennes, qui le refusent. Irrité par un tel manque de coopération, le père décide se faire justice *soi-même*. En se faisant aider par deux amis qui immobilisent la mère pendant quelques secondes lorsqu'elle emmenait Oliver à l'école de Graz, le père « contre-enlève » Oliver et le ramène au Danemark. Les autorités danoises refusent de retourner Oliver vers l'Autriche, en pensant sans doute aussi : « *nos collègues autrichiens auraient dû restituer l'enfant vers le Danemark et ne l'ont pas fait ; nous allons leur rendre la pareille et nous n'allons pas le leur restituer à notre tour* » : principe d'égalité-rétorsion. *Fazit* : pendant de très longues années, Oliver n'a pas pu sortir du territoire danois et remettre son pied en Autriche, pourtant sa *mère-patrie*, et voir en Autriche sa mère et ses grands-parents autrichiens. Ainsi déchiré entre deux pays sur une période de plusieurs années, Oliver Weilharter, **dont la scolarité a été retardée de deux ans, souffre encore aujourd'hui d'un nombre important de problèmes de santé**, certains permanents : « *Es ist ein Kampf zwischen Dänemark und Österreich und dazwischen der kleiner Oliver* »: *Guten Abend Österreich*, 2013-04-04 Puls4_Oliver_inkl_Talk (at 1:53 / 7:37). Sur cette affaire, v. G.P. Romano, European family courts and inter-country (arbitration?) courts to deal with cross-border custody disputes, *Yearbook of Private International Law*, 2021/2022, p. 155 s.

Exemple 5 : De tels enlèvements et contre-enlèvements étaient, dans les années quatre-vingt-dix, encore à tel point fréquents que plusieurs cas **franco-allemands** semblables ont, vers la fin des années 90', fait l'objet d'échanges au plus haut niveau des deux États. Au cours d'une conférence de presse tenue le 1er décembre 1998 à Potsdam par le Chancelier allemand, G. Schröder, le Président J. Chirac et son Premier ministre L. Jospin, J. Chirac a déclaré comme suit : « *Nous ne pouvons pas conserver une situation où de tels faits peuvent intervenir parce que là c'est **la loi de la jungle, en tous les cas, ce n'est plus l'État de droit*** » (pour plus de détails, v. G.P. Romano, Droit international dit 'privé' et droit international dit 'public' : éléments d'une théorie unitaire et humanisée du droit international, in : *Journal du droit international*, 2022, p. 62, en note <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158898>>).

Exemple 6 : Dans une affaire **helvético-espagnole**, récente et très médiatisée (sur laquelle le Tribunal fédéral s'est prononcé le 25 avril 2023 : v. entre bien d'autres comptes-rendus, RTS, *Les jumeaux au cœur d'une histoire d'enlèvement pourront rester en Suisse avec leur mère*, tranche le TF, 14 mai 2023 : v. *infra*, n° 50), deux jumeaux d'un couple de ressortissants espagnols ont fait d'abord l'objet d'un **premier enlèvement** par leur mère, de la région de Madrid où ils avaient vécu jusque-là, vers la Chaux-de-Fonds. Le constat que ce premier enlèvement de l'Espagne vers la Suisse est resté pendant presque deux ans sans conséquences a encouragé le père à commettre un **contre-enlèvement** pour ramener les enfants de Suisse vers l'Espagne. Il s'est rendu avec des connaissances au domicile des enfants et, en immobilisant la grand-mère qui les gardait le temps de pouvoir s'en saisir, les a chargés dans leur camionnette et a mis le cap sur Madrid. Si la Suisse ne restitue pas les enfants vers l'Espagne à la suite d'un premier enlèvement, pourquoi l'Espagne devrait les restituer vers la Suisse à la suite d'un deuxième enlèvement ? Ce contre-enlèvement, à destination de l'Espagne, a été certes déjoué par la police française à quelques dizaines de kilomètres de la frontière franco-espagnole. Mais il y a de fortes chances que, si le père avait pu rallier le territoire espagnol, les autorités espagnoles n'auraient pas sanctionné un tel contre-déplacement, qui, de leur point de vue, ne faisait que mettre en œuvre la décision espagnole violée par la mère et qui fixait la résidence des enfants en Espagne.

On comprend que l'intérêt de l'enfant à ne pas être déplacé illicitement par un parent contre la volonté de l'autre soit souligné avec force par **l'article 11 CDE**. Celui-ci

oblige les États à « **lutter** » contre les déplacements et les non-retours illicites, c'est-à-dire d'abord à les **prévenir**. Tout comme pour lutter contre le harcèlement au travail ou les violences conjugales, il faut d'abord s'attacher à les *prévenir*, c'est-à-dire à en faire *diminuer* le nombre et la gravité. Parmi les moyens d'une telle lutte, l'article 11 al. 2 CDE évoque la conclusion d'accords, bilatéraux et multilatéraux.

Art. 11 CDE

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

Constituant l'accord multilatéral le plus important dans ce domaine, la **Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants** a précisé pour premier objectif de *lutter* contre de tels enlèvements en *prévenant* le plus possible ceux que tel ou tel parent serait tenté de commettre. Voici ce qu'on lit dans le préambule :

« Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, **contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites** et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite... ».

La Convention de La Haye de 1980 se situe d'abord sur le terrain de la **prévention**. Par la *menace* du **mécanisme-sanction civile** du retour de l'enfant dans l'État où se situait sa résidence habituelle avant l'enlèvement – retour que les autorités de l'État vers lequel il a lieu, dit « *État-refuge* » auront en principe et sauf exceptions l'obligation de **prononcer** – la CLaH 80 entend d'abord agir sur la *psychologie* de celui ou celle qui serait tenté de le commettre en le dissuadant de le faire.

Exemple 7 : J'ai été consulté il y a quelques années par la mère turque d'une fille, double nationale, suisse et turque, qui vivait en Suisse depuis quelques années. En crise conjugale avec son mari, suisse, et socialement isolée et désespérée, la femme se demande à quelles conséquences elle s'exposerait si elle refusait de ramener la fille en Suisse après des vacances en Turquie. Voici ma réponse : « *Madame : il y a de fortes chances* [j'ai pris le risque d'exagérer un peu la « force » de ces « chances » qu'il m'était difficile d'apprécier exactement à défaut d'avoir accès à la jurisprudence turque au sujet de la CLaH 80] *qu'en appliquant la Convention de La Haye de 1980, un juge turc vous ordonnera de ramener la fille en Suisse* ». La perspective d'une telle issue a entraîné qu'elle renonce à un tel projet de « *coup de force* ». Le premier objectif de la CLaH 80 semble réalisé : **protéger cet enfant contre la réalisation du risque de déplacement illicite** par sa mère turque et au détriment de son père suisse.

- (iv) Il est – on l'a dit : *supra*, (iii) – conforme à l'intérêt de l'enfant que, lorsque les parents d'un enfant se séparent et qu'à la suite de la séparation, ils souhaitent fixer leur résidence sur le territoire de deux États différents – parfois à des centaines ou milliers de kilomètres de distance – et que chaque parent souhaite que l'enfant vive avec lui, un tel **désaccord puisse être surmonté par les parents eux-mêmes, au besoin avec l'aide de médiateurs ou médiatrices ou d'autres professionnels.**

- (v) A défaut pour les parents de surmonter **leur désaccord**, il est en principe conforme à l'intérêt de l'enfant que, si l'un de ses parents souhaite quitter le territoire de l'État A où l'enfant a sa résidence habituelle *actuelle* pour s'installer sur l'État B, qu'il souhaite que l'enfant y transporte lui aussi sa résidence habituelle, et que l'autre parent s'y oppose, le parent qui souhaite déménager sollicite d'une **autorité compétente et légitime l'autorisation à un tel déménagement**. Si l'autorisation est accordée, **le déplacement de la résidence de l'enfant**, même s'il a été voulu par un parent *contre* la volonté de l'autre, **sera licite**, car justement « *autorisé* » par l'autorité compétente à le faire, et ne **sera point constitutif d'un « enlèvement »**.

Exemple 3 (suite). L'idée de la CLaH 80 et de la CLaH 96 est que, si la mère suisse veut s'installer en Suisse avec la fille malgré l'opposition du père, elle doit, moyennant une **requête en « relocation »**, solliciter de l'autorité compétente – qui est, selon la CLaH 96, l'autorité anglaise – l'autorisation à le faire. Et qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant que le conflit entre les parents soit tranché non pas par un *coup de force* de la mère au détriment du père.

Exemple 2 (suite). En reprenant les données d'une affaire qui a suscité des vifs débats, si le père *suisse* qui a vécu jusque-là au Mexique avec la mère, mexicaine, et avec l'enfant commun, souhaite s'installer en Suisse avec l'enfant, et que la mère s'y oppose, et insiste pour que l'enfant continue de vivre au Mexique, et que le père sollicite des autorités mexicaines de la résidence habituelle de l'enfant l'autorisation à déménager avec l'enfant en Suisse, et que les autorités mexicaines lui accordent une telle autorisation, **il n'agit pas d'un déplacement illicite mais bien d'un déplacement licite, autorisé par l'autorité a priori compétente**.

- (vi) Un reprenant un point auquel il a déjà été fait allusion (*supra*, n° 4, iv), il est conforme à l'intérêt de l'enfant que l'autorité compétente pour statuer sur une requête d'autorisation au déplacement *licite* de sa résidence d'un État A vers un État B soit, par rapport à l'objet du litige, **indépendante et impartiale**, ce qui est au demeurant une caractéristique *consubstantielle* et *non-négociable* de la justice. Il faudrait en particulier qu'une telle autorité, et les « *auxiliaires* » dont elle se sert – typiquement les services de protection de l'enfance chargés d'établir un « *rapport* » sur la situation de l'enfant ou « *home assessment* » – ne soient pas tentés de traiter, même *inconsciemment*, et en raison des *contraintes* qui enserrrent leur activité, de manière **inéquitable, discriminatoire ou désavantageuse, le parent qui souhaite quitter avec l'enfant le territoire de l'État dont ils tiennent leurs pouvoirs, et la composante identitaire de l'enfant qui l'incarne**. Autrement dit, une telle décision devrait être exempte de la tentation de l'autorité qui la prend de **pratiquer un « nationalisme judiciaire »** consistant pour elle, et les services de protection de l'enfant dont elle se sert pour évaluer la situation de l'enfant – évaluation qui, dans l'économie de la décision, peut avoir un poids considérable – à « **solidariser** » **avec le parent qui réside sur le territoire de leur État** et qui souvent tient la nationalité de cet État et est membre à part entière d'une telle communauté (« *il est un des nôtres...* ») et, en tout cas de penser que leur État A est mieux à même de prendre en charge l'enfant que l'autre État B, et que l'enfant serait plus heureux s'il continuait à résider sur le territoire de son « État », en raison des facteurs culturels, religieux, linguistiques, de prospérité économique voire renfermant l'idée de *supériorité* d'un État sur un autre, d'une culture sur une autre, d'une religion sur une autre.

Citons à cet égard **trois textes** :

Le premier est un extrait de la *Déclaration de Washington de 2010* sur la **relocalisation internationale** :

« 3. **L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale (principale) de toute demande relative à une relocalisation internationale.**

Par conséquent, les **décisions doivent être prononcées sans le moindre préjugé pour ou contre la relocalisation** ».

Le deuxième est tiré de la Convention des droits de l'enfant de 1989 :

Art. 2 Convention relative aux droits de l'enfant

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, **sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique** ou autre de l'enfant ou **de ses parents** ou représentants légaux, **de leur origine nationale, ethnique ou sociale**, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé **contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique**, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Le troisième, qui visent l'impartialité et l'indépendance des tribunaux en *général*, y compris de ceux qui statuent sur les droits et les obligations des parents d'un enfant évoluant à l'international, est l'art. 10 de la ***Déclaration universelle des droits de l'homme*** :

« Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un **tribunal indépendant et impartial, qui décidera... de ses droits et obligations**... ».

On parvient là à mettre le doigt sur une **faiblesse considérable** inhérente au critère que les États partenaires ont choisi d'utiliser et d'inscrire aux CLaH 80 et CLaH 96 pour prévenir un conflit entre eux au sujet de l'intérêt d'un enfant évoluant bi-nationalement. Les **autorités administratives et judiciaires « mono-nationales » de l'État de la résidence habituelle actuelle de l'enfant** – dont il convient de rappeler que ces dernières rendent la justice ***au nom du peuple national*** (cf. les rubriques : « *Im Namen des deutschen Volkes*, « *Nel nome del popolo italiano* », figurant dans leurs décisions) subit **différentes contraintes** et peut, aux yeux du parent qui souhaite quitter le territoire, apparaître comme **naturellement « biaisée »** en faveur de l'autre parent et de la partie de la famille qui vit dans cet État et de la composante *identitaire* de l'enfant qui le rattache à cet État.

Beaucoup de cas d'enlèvements, probablement la majorité, et sans doute les cas les plus controversés, sont en effet explicables par une **double volonté** du parent « ravisseur » de :

- (a) se soustraire à l'emprise d'autorités de l'État A de la résidence habituelle actuelle de l'enfant, autorités que le parent ravisseur percevait comme ne pas à même d'évaluer avec l'objectivité et la sérénité nécessaires la pertinence de son projet de déménagement avec l'enfant vers l'autre État B, et donc **pas suffisamment « légitimes »** ; la « fuite » du parent avec l'enfant renferme aussi la fuite d'un pays dont les autorités pourraient être *a priori hostiles* à son projet ou *l'ont déjà été* d'une manière ou d'une autre ;
- (b) se placer **sous la protection de l'autorité de « son État »**, ou de celui avec qui il a des attaches, dont il peut, en raison du même *biais de signe contraire*, escompter la **bienveillance**.

Exemple 3 (suite). La mère suisse aurait en principe, selon la CLaH 96 et la CLaH 80, **dû solliciter des autorités anglaises l'autorisation à déménager avec la fille d'Angleterre vers la Suisse**. Dès lors que l'autorité

anglaise dans des cas de ce type autorise le déménagement de la fille en Suisse, celui-ci serait *licite* et on ne peut plus dire qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant car l'autorité compétente a par hypothèse déterminé qu'il est précisément conforme à l'intérêt de l'enfant. Pourquoi, au juste, la mère a préféré ne pas solliciter une telle autorisation et, par un *coup de force*, a déménagé tout de même avec la fille, de manière *a priori* illégale ? Parce qu'elle a sûrement estimé, d'une part, qu'une telle autorisation **serait déniée par les autorités anglaises** et, d'autre part, que les autorités anglaises, du fait de leur qualité d'organes de l'État britannique, entretiendraient un **point de vue « biaisé »** en faveur du père britannique et de la *collectivité* britannique, et n'auraient dès lors pas été suffisamment objectives, suffisamment neutres et donc suffisamment légitimes. Le défaut aux yeux de la mère d'une justice *publique* digne de ce nom – indépendante et impartiale – légitime, toujours à ses yeux, le recours à la justice *privée* (*Selbstjustiz*). L'enlèvement constitue bel et bien un acte de justice *privée*.

Dans un **cas de figure assez récurrent**, caractérisé par le fait que (i) une femme a accepté de vivre avec un homme en le rejoignant dans le pays de sa résidence à lui – et qui est souvent l'État dont il tient également la nationalité – et qui est pour elle *étranger*, et dont elle peut ne pas parler la langue, (ii) ils ont eu un enfant qui est bi-national, (iii) le père, bien intégré professionnellement, y travaille, la mère, moins intégrée, est, par conséquent, pour l'enfant, le **parent de référence** ; (iv) les parents se séparent et la mère veut quitter ce pays et retourner dans le sien ; (v) elle veut y emmener l'enfant aussi ; (vi) le père s'oppose à un tel projet de « *relocalisation* », on constate que, dans bon nombre de cas, les autorités des deux États – souvent aussi les *médias*, les *sociétés civiles*, les *juristes*, les intellectuels, et jusqu'aux hommes et femmes politiques de l'un et l'autre pays (*infra*, n° 24) – sont enclines à **solidariser** avec le parent qui est **leur ressortissant et (en tout cas futur) résident, et que les unes et les autres ont des bonnes raisons de le faire.**

- (i) L'« **État du père** », par ses autorités – y compris les services mono-nationaux de protection de l'enfance – peut raisonner de la manière que voici : « *le père est notre ressortissant* » ; « *l'enfant est aussi notre ressortissant* » ; « *le père a travaillé et paie les impôts ici* » ; « *il ne faudrait pas le pénaliser du fait qu'il n'a pas pu être le parent de référence et permettre à la mère d'éloigner l'enfant de lui* » ; « *l'enfant a vécu ici et c'est ici qu'il a les attaches les plus importantes* » ; « *le principe de continuité plaide donc pour le maintien ici de son centre de vie* » ; « *si la mère veut quitter ce pays, c'est qu'elle poursuit son propre intérêt, et non celui de son enfant* » ;
- (ii) L'« **État de la mère** », sur le territoire duquel où elle veut se réinstaller, a tendance à avoir (souvent *beaucoup*) plus de bienveillance à son égard : « *elle est notre ressortissante* » ; « *l'enfant est aussi notre ressortissant (ou il pourra le devenir)* » ; « *là-bas elle est socialement isolée* » ; « *elle s'est déjà sacrifiée pour s'y installer en s'éloignant de sa propre famille* » ; « *il est normal qu'elle souhaite retrouver son milieu familial chez nous* » ; « *il ne faut pas qu'elle soit également pénalisée à la suite de la séparation* » ; « *on ne peut pas l'obliger à rester dans ce pays – étranger pour elle – et qui incarne à ses yeux l'échec familial* » ; « *elle a été le parent de référence* » ; « *le principe de continuité plaide pour que l'enfant s'installe ici lui aussi* ».

Il arrive que, notamment si l'une ou l'autre collectivité impliquée ou les deux sont en **crise de natalité** ou qu'elles poursuivent pour d'autres raisons une **politique d'expansion démographique**, leurs autorités détiennent un argument supplémentaire pour fixer la résidence de l'enfant sur leur propre territoire : « *il vaut mieux*

que cet enfant puisse vivre chez nous ; on aura besoin de jeunes et de jeunes adultes qui fassent fonctionner notre économie ».

Il est important de relever que ce qui augmente chez le parent qui veut déménager – qui a été souvent le *parent de référence* pour l'enfant – le **sentiment d'être traité de manière inéquitable par les autorités de l'État de la résidence habituelle actuelle**, est que le fait même de *vouloir déménager* avec l'enfant, et d'en manifester le désir, ou le besoin, d'abord à l'autre parent, **peut vite se retourner contre lui**. Les autorités de cet État peuvent en effet, dans un tel cas de figure, à la demande du **parent qui s'oppose au projet de déménagement** :

- (a) aller jusqu'à adopter la **mesure draconienne** consistant à lui **retirer la garde** et la **confier à l'autre parent**, par crainte précisément qu'il passe à l'acte et qu'il enlève l'enfant pour de bon ;
ou à tout le moins
- (b) lui **interdire de sortir jusqu'à nouvel ordre du territoire de cet État**, ce qui est *a priori* contraire à l'intérêt de l'enfant de pouvoir continuer à se déplacer *librement* entre les territoires de « ses » deux États qui sous-tend l'article 10 CDE dont il sera question ci-dessous (*infra*, viii).

Exemple 3 (suite). Le plus les autorités anglaises ont raison de craindre que les autorités suisses ne prononceraient pas le retour de l'enfant si la mère devait décider de l'enlever en Suisse, le plus les autorités anglaises seront tentées de **retirer la garde à la mère** et la **confier au père** ou à tout le moins d'empêcher la mère de se rendre en Suisse ne serait-ce que pour un week-end et participer à une fête de famille ou pour quelques semaines de vacances.

Bien sûr, le parent en question peut vivre l'une et l'autre mesure comme **humiliantes**.

Semblablement, il arrive que si le parent de référence qui souhaite déménager avec l'enfant de l'État A à l'État B *sollicite* à cet effet une autorisation des autorités compétentes de l'État A, non seulement les autorités compétentes de cet État **ne lui accordent pas une telle autorisation**, mais qu'elles lui **retirent même la garde** et la confient à l'autre parent ou, en tout cas, l'interdisent dorénavant de sortir l'enfant du territoire ne serait-ce que pour des vacances et pour rendre visite à sa famille dans l'État B.

On comprend que si la conséquence résultant de la volonté de faire les choses *licitement* est à tel point *pénalisante* – comme on dit en langage familier : « *l'insulte en plus de la blessure* » –, le parent souhaitant déménager avec l'enfant puisse être tenté par la voie formellement *illicite*, mais qui devient à ses yeux le seul moyen d'obtenir *justice*.

- (viii) Il est en général conforme à l'intérêt de l'enfant, à la suite de la séparation de ses parents, qu'il puisse continuer à **maintenir des contacts directs et réguliers avec les deux parents et, dans la mesure du possible, avec leurs familles élargies** – grands-parents d'abord, mais aussi au besoin cousins, oncles, tantes, etc. – qui sont aussi ses deux familles, y compris lorsqu'à la suite de leur séparation, les parents fixent leur **résidence dans deux États différents**.

« Un premier besoin des enfants dans une procédure de séparation est d'être autorisé à entretenir régulièrement leur lien avec chacun de leurs parents... Indépendamment de l'âge, chaque enfant devrait avoir le droit de recevoir de l'amour et de l'éducation, ainsi que le **droit d'accéder au patrimoine culture de chacun de ses parents (son histoire, sa famille d'origine, ses valeurs, etc.)**. Il devrait à son tour également avoir le droit de donner son amour, sa sollicitude, sa loyauté à chacun de ses parents, sans en être empêché » (Auberjonois, K. Un

procès pas comme les autres. Le point de vue du thérapeute de famille : les besoins psychologiques des enfants et des parents dans la procédure de séparation, in A. Reiser & S. Gauron-Carlin (Eds.), La procédure matrimoniale – Regards croisés de praticiens sur la matière – Tome 1 (pp. 175-195). Genève : Schulthess éditions romandes, 2019, p. 178).

L'intérêt de l'enfant est alors de continuer à pouvoir voyager librement entre les territoires des deux États de résidence de ses deux parents, qui sont au demeurant souvent ces deux « patries » (sa « mère-patrie » et son « Vaterland »), bien sûr, avec une **périodicité qui dépendra de bien de facteurs**, aux premiers rangs desquels la distance géographique entre ces deux pays et les lieux de résidence des deux parents.

Art. 10 Convention relative aux droits de l'enfant

« 2. **Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents.** A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'art. 9, les États parties respectent le **droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi** qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention ».

Un tel droit de l'enfant est particulièrement important et risque d'être compromis par un conflit entre États que peut entraîner la consommation d'un enlèvement. Il convient alors de se situer *en aval* d'une telle consommation.

3. Intérêt de l'enfant enlevé

5. La **LF-EEA dont il est question dans le mandat** qui a « sécrété » le présent rapport peut faire croire qu'elle vise *plutôt* les cas d'**enlèvements déjà consommés**. Il est utile de garder en mémoire que la LF-EEA aspire à concrétiser la CLaH 80 et que celle-ci se donne d'abord un objectif de **prévention des enlèvements** (*supra*, n° 4 (iv)). Si l'on a l'esprit exclusivement les cas d'enlèvements consommés, s'interroger sur la question de savoir si la LF-EEA a été mise en œuvre conformément au « *Kindeswohl* » risque de conduire à retenir du « *Kindeswohl* » une notion **réductrice** et même **déformante**. Car si un enfant a fait l'objet d'un enlèvement parental – plus exactement d'un acte qui réunit les conditions fixées à cet effet par la Convention de La Haye de 1980 –, c'est que le « *bien* » (« *Kindeswohl* ») de cet enfant-là **a déjà été malmené à plusieurs égards**. On peut même penser qu'il est compliqué, dans de telles situations, de continuer de parler de la recherche du « *Kindeswohl* » tant celui-ci a déjà été et sous tant de rapports **compromis**, et se demander s'il ne vaudrait mieux parler désormais de la recherche du « **moindre mal** », du « *kleinste Kindesübel* ».

Parler de la recherche du *moindre mal* à l'égard de cet enfant est *utile* car cette expression astreint à ne pas se contenter de se focaliser sur la résolution d'*enlèvements consommés* mais à poursuivre la réflexion au sujet de comment faire progresser le *travail de prévention* d'autres enlèvements susceptibles d'être commis dans des circonstances semblables et à y investir davantage de ressources. On se permettra de revenir souvent sur ce point.

6. Un enlèvement est, en effet, signe que cet enfant a **déjà beaucoup souffert et que l'avenir lui réservera immanquablement d'autres souffrances**.

(i) Le fait de l'enlèvement **marque l'échec de la prévention** à son égard et révèle même que le conflit entre les parents a atteint une telle *intensité* qu'il a poussé un des parents, le parent ravisseur, souvent par *détresse* et *désespoir*, à se mettre à

priori dans l'**illégalité**, et réaliser un acte susceptible de faire beaucoup de mal à l'autre parent, dit « *abandonné* », et, par conséquent, *indirectement* à l'enfant.

Le terme « *abandonné* » laisse présager la *douleur* de la personne qui l'est, du parent qui l'est. Pour un être humain l'expérience de l'abandon est une expérience souvent *douloureuse* (cf. le « *syndrome de l'abandon* »). Il **n'est en général pas conforme à l'intérêt de l'enfant que l'un de ses parents fasse du mal à l'autre** (v. *supra*, n° 2 vi).

- (ii) Il se peut et, on l'a également dit (*supra*, n° 4 vi), il est même fréquent que le parent ravisseur ait été conduit à un tel geste car il percevait les autorités judiciaires et de protection de l'enfant de l'État d'« *origine* » comme *a priori* et au moins potentiellement, sinon effectivement, **hostiles à sa cause** en ce qu'elles l'avaient traité ou allaient le traiter d'une **manière discriminatoire**, en traitant son projet de déménagement d'une **manière inéquitable**. Or il est de l'intérêt de l'enfant que toute décision tranchant le désaccord des parents sur son lieu de vie soit prise par des autorités « *superpartes* » et **capables d'équité vis-à-vis de chacun des parents**.
- (iii) La consommation de l'enlèvement est susceptible d'ouvrir sur une période où le risque est particulièrement élevé que les parents se livreront à des **tentatives de démonisation réciproques**. En particulier, puisqu'une exception au retour tient, à ce que celui-ci expose l'enfant à un « *risque grave de danger physique ou psychique ou à une situation intolérable* » – article 13 al. 1 lit b) que la LF-EEA s'attache à concrétiser à l'art. 5 (v. ad art. 5 LF-EEA, n° 3 s.) – le **parent ravisseur pourrait être incité, là aussi en désespoir de cause, à démoniser le parent abandonné**, moyennant une **présentation déformée de la réalité**, voire mensongère ou même calomnieuse, et ce pour faire apparaître son geste plus justifié aux yeux de l'enfant, des autorités, de son entourage et parfois du public (car ces affaires sont parfois médiatisées). Seulement, si le parent 1 *démonise* le parent 2 pour pouvoir échapper au retour, le parent 1 *démonise* en quelque sorte aussi une **composante identitaire** de l'enfant et donc lui fait aussi du mal.

Missing Children Switzerland évoque le fait que l'enlèvement risque de pousser « *les deux parents vers des narratives de surenchère extrême, notamment concernant la violence faite par l'un ou l'autre des parents entre eux et à l'enfant* » (Missing Children Switzerland, observations du 7 septembre 2023).

- (iv) Enfin, les **deux options** qui s'offrent aux autorités de l'État-refuge risquent d'avoir l'une et l'autre des **conséquences nuisibles** sur le développement de sa situation et de la situation familiale, si bien que le **dilemme : retour ou non-retour ? apparaît souvent un dilemme cornélien**, qui est tel qu'on peut assez souvent entretenir un **désaccord raisonnable et moral** au sujet de ce qui, dans un cas particulier, constitue le « *kleinste Übel* ».

Un **dilemme cornélien** – ou *choix cornélien* ou *conflit cornélien* – implique « la notion d'un dilemme à **double contrainte extrême, complexe, ou impossible à résoudre**, entre deux valeurs contradictoires de philosophie morale aussi importantes l'une que l'autre, à l'origine d'un conflit psychique » (source : wikipedia).

- (a) *Si le retour de l'enfant n'est pas ordonné*, l'enfant est exposé au risque une fois de plus d'un **conflit** entre les autorités de l'État de sa résidence habituelle et l'État-refuge et, par conséquent, au risque de ne plus pouvoir – pendant longtemps : parfois plusieurs années ou jusqu'à sa majorité – **remettre ses pieds sur le territoire de l'État de sa résidence habituelle antérieure à l'enlèvement**, dont il a souvent la nationalité, qui peut être sa seule nationalité, et de voir sensiblement diminuer ses possibilités de contact avec le parent abandonné et la partie de sa famille vivant près de lui : les grands-

parents d'abord, ses cousins, oncles et tantes. Cela est particulièrement vrai si l'État de la résidence habituelle continue de penser que la compétence pour statuer sur la garde lui revient et qu'il rend une décision qui fixe la résidence de l'enfant sur son territoire et auprès du parent abandonné. Autrement dit, il y a là risque d'une « **aliénation parentale** », *a priori* au détriment de l'enfant, et aussi d'une **aliénation forcée de l'enfant envers l'un de « ses » pays, sa langue, sa culture, et par conséquent envers l'une de ses composantes identitaires.**

Exemple 7 (affaire *Neulinger*) : Noam Shuruk, depuis son enlèvement vers la Suisse – intervenu quand il était âgé de deux ans : il est né en 2002 – et jusqu'à sa majorité, qu'il a atteint en 2021 (pendant donc 16 ans), **a été victime du conflit entre la Suisse et Israël au sujet de son lieu de résidence et de sa garde.** Pour la Suisse, à la suite de la décision de la Grande-Chambre de la CEDH, qui empêche l'exécution de la décision suisse de retour de Noam en Israël, c'est la mère qui la détient régulièrement et Noam peut vivre en Suisse. Selon une décision israélienne qui a été en vigueur pendant tout ce temps – comme l'a signalé Isabelle Neulinger même au cours d'un entretien en date du 14 septembre 2018 : v. G.P. Romano, *Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale*, in: La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2019, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135128>> p. 273 – la mère est certes le parent gardien mais uniquement si elle accepte de vivre avec Noam en Israël, à défaut, l'enfant sera confié au père ou au besoin une famille d'accueil en Israël. Donc si Noam devait se trouver sur sol israélien – pour citer Isabelle Neulinger – « *la police israélienne ne le laisserait pas s'échapper une seconde fois* » (op. cit., p. 273). A cause du *bras de fer* entre les deux États dont il est en quelque sorte l'enfant (il a la nationalité suisse et israélienne) **Noam n'a jamais pu remettre ses pieds en Israël** – pays où il est né, dont il tient la nationalité, et son patronyme (Shuruk), et où se situe une partie de son histoire, de son identité, y compris religieuse (ses deux parents sont juifs) – et ne serait-ce que **pour quelques jours**, pour découvrir le pays (un de ses pays), au besoin accompagné par sa mère, et pour rendre visite à **son père, à ses grands-parents paternels, à ses demi-frères et demi-sœurs** (entre-temps, son père s'est remarié, a divorcé, et a eu d'autres enfants) etc.

L'entretien du 14 septembre 2018 a eu lieu à l'hôtel Palace de Lausanne et Vito Bumbaca, assistant à l'Université de Genève, et Simona Florescu, docteure en droit, chercheuse à l'Université de Leyden, y ont également participé. Simona Florescu a rendu compte de certaines des questions abordées au cours de l'entretien dans un papier, paru au Strasbourg Observer, accessible au lien suivant: <<https://strasbourgobservers.com/2018/11/12/justice-from-the-perspective-of-an-applicant-meeting-ms-neulinger>>. Voici un passage : « ***This means that Noam cannot yet go to Israel, a country he is deeply connected to and which Ms Neulinger would dearly like to show to him. Ultimately perhaps this indicates that the inflexibility of the legal systems resulted in a practical impossibility for a child to have links with his country of origin, which is precisely what the Hague Child Abduction Convention sought to prevent*** ».

Notons aussi que toute décision de non-retour peut **encourager** d'autres parents se trouvant dans de situations semblables à commettre eux aussi l'enlèvement de leurs enfants vers **cet État-refuge là** (« *les autorités de 'notre' État n'ordonnent pas le retour ; on peut tenter notre chance* »). Cela contre-vient à l'intérêt de principe **des enfants de ne pas être enlevés** (*supra*, n° 4 (vi)).

Notons enfin que toute décision de non-retour par les autorités de l'État-refuge, et notamment – de notre point de vue – **helvétiques**, peut encourager les autorités des autres États partenaires de la Suisse à interdire à l'avenir aux parents suisses, qui ont vécu sur leur territoire et souhaitent le quitter et se réinstaller en Suisse avec l'enfant, lorsque l'autre parent s'y oppose, **de sortir du territoire de cet État avec l'enfant**, dont le passeport leur sera alors retiré. Si ces parents suisses sont les parents *gardiens*, la garde même de l'enfant pourrait leur être **retirée**.

Exemple 3 (suite) : Si la Suisse n'ordonne pas, dans cette affaire, le retour de la fille de la Suisse vers l'Angleterre dont elle a été enlevée par la mère suisse *a priori* au détriment des droits du père britannique, il y a le risque que **l'Angleterre puisse réagir en renforçant dorénavant le dispositif apte à empêcher à l'avenir les mères suisses qui se séparent des pères britanniques ou vivant en Grande-Bretagne de faire le même coup**. Les autorités anglaises pourraient alors être tentées de leur retirer la garde et de la confier au père ou bien à une famille d'accueil en Angleterre.

Il semble inhérent à une saine administration de la justice, et conforme au principe fondamental d'égalité des justiciables, qu'avant de prendre une décision dans un sens ou dans l'autre au sujet d'un *enfant* particulier, l'autorité compétente s'interroge sur les conséquences qui résulteraient de la **généralisation d'un tel principe de décision** dans la sphère de la catégorie englobant d'autres enfants susceptibles à l'avenir de se trouver dans des *situations semblables*.

- (b) *Si le retour de l'enfant est ordonné*, relevons d'emblée qu'il **peut ne pas être agréable** pour un petit garçon ou une petite fille de 6, 8, 10, 12 ans qui n'a en général **vraiment rien fait de mal** ou, comme on dit en langage familier : « *n'a rien demandé* », de se faire, en ces circonstances, « **ordonner** » quoique ce soit par une autorité *externe* à la famille (« *tu dois rentrer !* »). Juridiquement, l'ordre de retour **s'adresse en effet exclusivement à l'enfant** (le Tribunal fédéral le souligne : v. *infra*, ad Art. 5 LF-EEA, n° 3 (iii)) qui est pourtant le seul qui, le plus souvent, **n'est coupable de rien**. Au parent ravisseur, qui est un *adulte*, et a liberté de mouvement et d'établissement dans l'État-refuge, qui est souvent « *son* » pays, on ne peut en général pas prescrire de retourner dans l'État de la résidence habituelle avant l'enlèvement.

Relevons surtout que, la situation résultant de l'ordre de retour risque d'exposer le parent ravisseur, qui est souvent *parent de référence*, à une **grande détresse**, si bien que l'enfant, *éponge émotionnelle*, risque d'être plongé lui aussi dans une détresse semblable.

1. Il se peut d'abord que le parent ravisseur **estime** – pour des raisons humainement compréhensibles – **ne pas pouvoir rentrer avec l'enfant** : parce qu'il y risque des sanctions *pénales* en raison de l'enlèvement ou d'autres infractions qu'il aurait commises en désespoir de cause (par exemple *calomnie* à l'encontre de l'autre parent lors d'une procédure qui s'y est déroulée), ou bien parce que **l'autorisation de séjour** lui a été ou lui sera retirée, ou bien simplement parce que le milieu vers lequel il rentrerait **lui serait désormais à tel point hostile** qu'il ne se voit plus pouvoir le réintégrer.

La **séparation** entre l'enfant et son parent de référence qui résulte du non-retour de celui-ci et du retour de celui-là peut, d'évidence, être pour celui-là **fort traumatisante**.

2. Si le parent ravisseur retourne lui aussi dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, il est probable que, d'une manière ou d'une autre, et

même s'il ne sera pas sanctionné pénalement, il sera tout de même *pénalisé* par les autorités de celui-ci sous l'angle de sa *relation* avec l'enfant. Il pourrait alors, au cours de la procédure sur le droit de garde, si elle n'a pas encore eu lieu ou elle n'a pas encore abouti, **perdre la garde de l'enfant**, précisément à cause de l'enlèvement qu'il a commis, et du risque qu'il pourrait le commettre à nouveau. Ses droits de visite pourraient être même dorénavant « *surveillés* » et on devine la qualité de la relation qu'il peut maintenir avec l'enfant et l'enfant avec lui. Si le parent ravisseur est autorisé à conserver la garde, il **peut se voir interdire jusqu'à nouvel ordre de sortir avec l'enfant du territoire de cet État**, de crainte qu'il puisse commettre un nouvel enlèvement. Et cela entraîne une **certaine « aliénation » de l'enfant vis-à-vis de l'État-refuge**, qui peut être sa « *mère-patrie* », ou son « *Vaterland* », et avec lequel il a pu intensifier ses liens au cours de la période où il y a séjourné à la suite de l'enlèvement, et où il pourra jusqu'à nouvel ordre difficilement séjourner ne serait-ce que pendant quelques semaines.

Enfin, si la résidence de l'enfant dans l'État-refuge se poursuivait depuis plusieurs mois (et c'est pratiquement toujours le cas), voire depuis plus d'une année (cela arrive aussi), le retour de l'enfant peut **entraîner pour celui-ci un nouveau déracinement, une nouvelle déscolarisation, etc.** : autant d'épreuves délicates et même douloureuses.

7. Il convient, dès lors, de ne pas succomber à la tentation de croire que le « *bien de l'enfant* » (« *Kindeswohl* ») puisse être comme par magie rétabli par une procédure judiciaire et par une **décision de retour ou par une décision de non-retour**. Si l'on en est arrivé à ce stade, l'enfant a déjà beaucoup souffert et souffrira probablement beaucoup. Certes, il faut s'attacher à contenir la prolifération du mal. Mais le **mal est déjà largement là**. Le travail sur cas d'enlèvements consommés ne devrait pas faire oublier que, si on a cœur l'intérêt des enfants multi-nationaux, il faudrait travailler davantage à en *prévenir d'autres*.

8. On comprend, en tout cas, que si enlèvement il y a, il faut s'attacher à « *sauver ce qui peut l'être* » **moyennant une tentative de médiation entre les parents**. La LF-EEA – et c'est l'une des innovations qu'elle apporte – évoque la médiation à la fois à l'article 4 LF-EEA (médiation *préjudiciaire* : v. *infra*, ad art. 4 LF-EEA) et à l'article 8 LF-EEA (médiation au cours de la *procédure judiciaire* : v. *infra*, ad art. 8 LF-EEA), sans pourtant aller jusqu'à rendre la médiation *obligatoire*. Ce qui est obligatoire, à défaut de médiation, est une simple **tentative de conciliation**, qui n'est en tout cas pas réglée plus avant dans l'art. 8 LF-EEA (et on peut se demander s'il ne faudrait pas « *étoffer* » une telle disposition : v. *infra*, ad art. 8 LF-EEA). Quoiqu'il en soit, différents points du Message à la LF-EEA semblent bien confirmer que la première intention du législateur qui l'a élaboré était de parvenir à une solution *concertée* et épargner à l'enfant les **procédures et en tout cas des solutions judiciaires**. Pouvant être « longues », « pénibles », « couteuses », les procédures judiciaires y sont **même qualifiées par le Message d'« épreuve inutile »**.

« Les discordes auxquelles donnent lieu les retours d'enfants sont très pénibles pour tous les intéressés **et peuvent dégénérer en procédures longues et coûteuses** » (p. 2461) ; «... si la discorde entre les parties est telle qu'on peut s'attendre à ce que la **procédure soit longue et pénible**, ce qui représente **une épreuve inutile** pour l'enfant » (sic ! p. 2464) ; « Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain que l'on obtiendra si l'on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un **accord amiable**. Non seulement on épargnera ainsi de **grandes souffrances à l'enfant**... » (p. 2469). Les procédures supposent et alimentent des « *grandes souffrances* » pour l'enfant.

Même si le rapport qui suit concerne pour l'essentiel l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. *supra*, « I. Introduction »), **chaque arrêt du Tribunal fédéral** rendu

en matière d'enlèvement et par application de la LF-EEA **révèle un double échec** au détriment de cet enfant-là : échec de la *prévention de l'enlèvement* d'abord, car enlèvement il y a eu ; échec de la *médiation* ou de la *conciliation* ensuite, tant et si bien qu'il y a eu non pas *une* procédure judiciaire, mais *deux* : une devant l'instance cantonale « unique », l'autre devant le Tribunal fédéral, et sans compter celles, souvent multiples, qui ont eu lieu entre-temps et en parallèle dans l'État de la résidence habituelle. **Cette double procédure a été souvent pour l'enfant « pénible, longue et couteuse ».** La tentation est forte de blâmer les autorités et **notamment le Tribunal fédéral** lui-même (pour les critiques de la doctrine, v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 47 s.). Lorsque l'affaire atteint le Tribunal fédéral, la détresse vécue par ces enfants est telle que le Tribunal fédéral **ne peut souvent plus faire grand-chose pour l'alléger et encore moins la « stopper ».** Pour paraphraser le mot célèbre que le Président Obama a prononcé envers celles et ceux qui lui reprochaient de ne pas en faire assez et assez vite pour alléger la souffrance des Américain-e-s à la suite de la crise dites des « *subprimes* » (« *I am not Jesus Christ !* »), le « *Tribunal fédéral n'est pas Jésus-Christ* » et on ne saurait lui reprocher de pas accomplir des « *miracles* ». Ce qui, bien sûr, ne signifie pas que la LF-EEA ne puisse **évoluer sur un certain nombre de points** (v. ci-dessous, n° 9 et s., et *infra*, sous « III. Rapport », et notamment la rubrique finale « Démarches envisageables »).

9. En faisant progresser cette idée, et toujours dans l'intérêt des enfants, on peut se demander s'il ne faudrait pas favoriser la **co-médiation bi-nationale, bi-lingue, bi-culturelle, bi-sexe** – homme et femme, car ces affaires peuvent revêtir une dimension « *genrée* », « *gender-sensitive* ». L'expérience semble montrer que le parent abandonné n'est souvent pas radicalement contraire à la médiation mais qu'il estime souvent *inéquitable* que la procédure se déroule *exclusivement* dans l'État-refuge et qu'elle soit gérée *exclusivement* par les autorités ou les professionnels de l'État-refuge. Si et dans la mesure où elle est susceptible de faire apparaître plus *légitime* une procédure de médiation et donc, d'une part, de la faire accepter plus souvent *aux deux parents*, d'autre part, de lui offrir quelques chances supplémentaires de *succès*, on peut penser que la **co-médiation bi-culturelle, bi-nationale, bilingue** – organisée au besoin avec le concours paritaire des Autorités centrales de l'État-refuge et de l'État d'origine – peut être **conforme à l'intérêt de l'enfant enlevé, lui aussi souvent bi-culturel, bi-national, bilingue** (v. *infra*, ad art. 8 LF-EEA, n° 11 s.).

10. Il est conforme à l'intérêt de l'enfant enlevé que la **procédure statuant sur le retour ou le non-retour soit rapide**. La pertinence du **principe de célérité** pour les procédures d'enlèvement a motivé le législateur de la LF-EEA à confier la responsabilité du volet judiciaire à une **instance cantonale unique** (v. *infra*, art. 7 LF-EEA). C'est là une autre innovation apportées par la LF-EEA. Le défi **n'en est pas moins de taille**. Car, d'une part, il faut, dans l'intérêt de l'enfant, *faire vite*, d'autre part, il faut, dans l'intérêt de l'enfant, *faire bien*. Et, pour faire bien, il faut tout de même du temps. Or ce temps peut favoriser l'« *enracinement* » de l'enfant dans l'État-refuge et cet enracinement peut être de nature à apparenter l'éventuel retour à un *nouveau déracinement* et donc à militer contre celui-ci.

Comme le relève S. Auerbach lors d'un témoignage à propos d'une **affaire franco-helvético-algérienne**, « Pendant que les ex-conjoints se battent sur le plan légal, les enfants s'intègrent dans le nouveau pays. Le temps qui passe est le pire ennemi pour les relations » (S. Zeines, L'enfer de l'enlèvement parental, Alors que son ex-mari a emmené ses deux cadets en Algérie, il y a quatre ans, une mère franco-suisse perd tout espoir de reprendre un jour son rôle. Un cas loin d'être isolé, *LeMatin.ch*, 23 oct. 2017).

V. également l'expérience relatée par *Missing Children* : « En réponse à l'art. 5 LF-EEA concernant la prise en considération de l'intérêt de l'enfant (particulièrement concernant les jeunes et très jeunes enfants), **nous estimons que la gestion du temps est le premier facteur clé qui pose problème**. Quand bien même le principe de célérité est respecté pour rendre une première décision, les recours jusqu'à ce qu'une décision

définitive soit rendue et mise en application. Dans le cas d'un retour cela peut prendre jusqu'à 2 ans » (*Missing Children*, observations du 7 septembre 2023).

11. Selon un principe général déjà évoqué (*supra*, n° 2, vi), il est conforme à l'intérêt de l'enfant d'être, au cours de la procédure de retour, **représenté par un curateur et une curatrice** : personne neutre et au-dessus de la mêlée : v. *supra*, n° 2 (vii). C'est là un **autre mérite de la LF-EEA que de le préciser** (*infra*, ad art. 9 LF-EEA). On peut se demander si, pour assurer **une plus grande neutralité du curateur et de la curatrice** non seulement à l'égard des parents, et notamment du parent abandonné, qui ne réside pas en Suisse et, le plus souvent, n'est pas Suisse, mais aussi des *deux collectivités et États en présence*, il ne conviendrait pas de faire en sorte que la personne désignée ait **une certaine familiarité également de la culture, de la langue et du pays de la résidence habituelle de l'enfant antérieure à l'enlèvement**, pour mieux comprendre l'histoire et la **double composante identitaire de celui-ci** (v. *infra*, ad art. 9, n° 35).

On peut même aller jusqu'à se demander s'il ne faudrait pas œuvrer pour que la désignation du curateur et de la curatrice dans les affaires d'enlèvements d'enfant soit confiée à une **instance internationale**, tel le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies ou le **Bureau permanent de la Conférence de La Haye**, au sein de listes établies par les États contractants (v. propositions *infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 34). Il y a des chances que le parent *abandonné* tiendrait un tel système de nomination pour *plus légitime*.

12. Il est conforme à l'intérêt de l'enfant que, dans les procédures judiciaires d'enlèvement, **l'enfant soit auditionné** dès lors qu'il **est en âge de l'être** – à moins qu'il n'y soit lui-même opposé et qu'il souhaite éviter d'être conduit à prendre le parti de l'un ou de l'autre parent, ce qui arrive aussi : v. *infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 26 –, qu'il **puisse exprimer son opinion** et que celle-ci puisse être **prise en considération eu égard à son âge et son degré de maturité**. Si l'article 9 LF-EEA prescrit, dans de telles circonstances, l'audition de l'enfant, il ne dit rien sur la prise en considération de l'opinion exprimée au cours de celle-ci. On peut se demander s'il ne faudrait pas **faire évoluer** sur ce point le texte de cet article 9 (*infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 24).

13. Le **risque de manipulation** par le parent ravisseur est dans ces affaires élevé – car l'enjeu est pour lui de taille et même *quasi-existential* – et le conduire à faire subir à l'enfant, ne serait-ce que par désespoir, un *chantage émotionnel*. L'audition d'un enfant peut au surplus livrer des **résultats pouvant être interprétés différemment** selon la personne ou l'instance qui mène une telle audition et selon comment elle est menée et selon l'instance qui est **censée les interpréter**. Il semble conforme à l'intérêt de l'enfant que la personne ou l'organisme qui *l'auditionne* puisse avoir la confiance des *deux parents* et, dès lors, entretenir une *certaine équidistance* des collectivités et des États en présence, tel un service multi-national capable de s'élever à une **vision bi-nationale** du contexte de l'enfant, dans l'idéal, le **Service social international** ou **d'autres organismes et institutions semblables** ayant une présence dans les deux États. A défaut, il semble qu'il serait conforme à l'intérêt de l'enfant de faire en sorte que cette personne ou cet organisme soit **désigné par l'autorité de l'État-refuge de concert avec l'autorité de l'État de la résidence habituelle** dès lors à tout le moins qu'une procédure sur la garde est pendante devant celle-ci (v. *infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 26).

Exemple 2 (suite). A propos de chantage émotionnel, dans l'affaire helvético-mexicaine, le père, sans doute par désespoir, était allé jusqu'à menacer l'enfant de se faire du mal si l'enfant s'exprimait en faveur d'une vie au auprès de la mère (« *Der Vater habe ihr auch schon vermittelt, er könnte sich etwas antun, wenn sie nicht mehr bei ih sei* » : ATF, 5A_539/2015, cons. 2).

14. On peut même se demander s'il ne faudrait pas que, toujours dans l'intérêt de l'équité de la procédure, **l'interprétation des résultats de l'audition** soit ou bien faite **ensemble par les autorités des deux États co-intéressés** ou bien en tout cas qu'elle fasse l'objet d'un **échange de vue entre elles**.

La préférence exprimée par l'enfant pour « *sa vie dans l'État-refuge* » constitue-elle une *véritable opposition* au sens de l'article 13 al. 2 CLHa 80, ou, justement, une *simple préférence* qui n'est pas de nature à faire échec au retour ? L'opposition qu'il a manifestée est-t-elle le fruit d'une opinion qui s'est formée de manière suffisamment *libre* ou a-t-elle été affectée de manière *décisive* par la manipulation de l'autre parent ? Tirer l'une ou l'autre conclusion dans un cas particulier **peut être parfaitement défendable** et il est alors d'autant plus nécessaire que l'autorité chargée de trancher soit perçue par les deux parents comme dotée d'une certaine « *équidistance* » de l'un et l'autre et deux collectivités intéressées.

15. Il est permis de penser que la « ***collaboration internationale*** » à laquelle invite l'article 10 LF-EEA autorise et mêmes encourage de telles formes de coopération entre autorités et même des **décisions concertées et en substance bi-étatiques**, prises ensemble par les autorités des deux États intéressés et conformément à cette dimension de l'intérêt de l'enfant qui tient à ce que celles-ci ou bien tombent d'accord sur ce qui est conforme à son intérêt ou bien organisent des procédures pour surmonter leur désaccord (v. *supra*, n° 4 (vii)).

16. Si le *retour de l'enfant est ordonné*, se pose parfois un autre **dilemme « cornélien »**.

(i) **Ne pas l'exécuter** en raison – ou sous prétexte – de la **résistance de l'enfant**, qui peut s'être installé dans l'État-refuge après plusieurs mois voire plus d'une année, et qui peut s'être adapté à son nouvel environnement, (a) apparaît sans doute *inéquitable* envers le parent abandonné, qui a investi du temps, des énergies, des ressources financières souvent considérables, et qui, selon la décision de justice qu'il a obtenu, a désormais le *droit* d'obtenir retour de l'enfant, (b) risque de fait perdre confiance dans le *système judiciaire* de l'État-refuge, (c) risque de décourager le parent ravisseur de collaborer avec la décision de retour, (d) peut faire penser que, dans ce cas, d'importantes ressources collectives ont été **dépensés inutilement** (une décision du Tribunal fédéral suppose un investissement d'argent *public* considérable ; une décision non exécutée n'a-t-elle pas été *inutiliter data* ?), (e) peut encourager une **exécution privée de la décision par le parent abandonné** (qui viendra lui-même le prélever de *force* : cela arrive aussi : v. *supra*, n° 123 ; ne s'agit-il un peu d'un *semi-enlèvement* ?) ; (f) peut encourager d'autres parents à enlever l'enfant vers cet État-refuge (« *Même lorsque les tribunaux ordonnent le retour, les autorités d'exécution ne l'exécutent pas ; cela vaut la peine de tenter sa chance* »), ce qui contrevient une fois de plus à leur intérêt de principe de ne pas être enlevés (*supra*, n° 4 viii).

(ii) L'exécuter alors que l'enfant y oppose une résistance ferme, c'est d'évidence lui imposer une autre **expérience traumatisante** et même **dégradante**, c'est-à-dire contraire à sa dignité. L'exécuter s'est aussi, pour la Suisse et ses autorités, dans un certain nombre de cas, **coopérer** avec les autorités d'un État qui ont pu traiter le parent ravisseur de manière susceptible de ne pas être, ou ne pas paraître, suffisamment équitable, en raison de sa nationalité étrangère, de sa résidence projetée en Suisse et de son projet de déménagement en Suisse avec l'enfant, et qui risquent, à la suite de l'enlèvement qu'il a commis vers la Suisse, de le traiter dorénavant de manière encore plus sévère.

17. Il faut alors, et à tout prix, dans l'intérêt de l'enfant enlevé qui fait l'objet d'un ordre de retour, **travailler au profit d'un « retour volontaire »** comme s'exprime l'article 12 LF-EEA (v. *infra*, ad art. 12 LF-EEA). On l'a dit, une exécution *spontanée* est bien plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'une exécution *forcée* (v. *supra*, n° 2, viii). Il vaut mieux, histoire aussi de favoriser celle-ci, que les **modalités d'exécution soient fixées**, comme le prescrit l'article 11 al. 1 LF-EEA, autre disposition innovante de la LF-EEA (v. ad art. 11 LF-EEA).

18. Un **taux élevé d'opposition** par les parents ravisseurs à l'exécution de la décision de retour, et un **taux élevé d'échec** de mise en œuvre *forcée* de celle-ci, semblent en tout cas montrer que beaucoup de parents ravisseurs estiment en conscience qu'une telle décision est **inéquitable à leur égard** car elle les expose à se soumettre à des autorités – celles de l'État de la résidence habituelle de l'enfant antérieure à l'enlèvement – dont ils pensent qu'elles les ont traité et qui vont dorénavant davantage encore les traiter de manière *discriminatoire*.

19. Il est conforme à l'intérêt de l'enfant que, si elles n'ordonnent pas le retour de l'enfant ou que si le retour, bien qu'ordonné, n'est pas exécuté, les **autorités de l'État-refuge** entrent rapidement en contact avec les autorités de l'État de la résidence habituelle pour vérifier de quelle manière **un bras de fer** entre les deux États et un **conflit entre leurs décisions** sur ce qui est dans l'intérêt de l'enfant quant au lieu de résidence, à la garde et au droit de visite pourraient être évités ou surmontés. L'article 10 LF-EEA et maintes dispositions des CLaH 80 et CLaH 96 devraient les encourager à entreprendre la **voie de la collaboration internationale bi-étatique** (v. *infra*, art. 10 LF-EEA).

20. A défaut, l'enfant risque d'être pris en *otage* par l'État-refuge, et en dépit des intentions des autorités de celui-ci, au sens de ne plus, jusqu'à nouvel ordre pouvoir se rendre dans l'État de la résidence habituelle antérieure à son enlèvement. Et le **droit de l'enfant** – inscrit à l'art. 10 de la Convention universelle de 1989 en tant que droit humain et fondamental – **de se déplacer librement entre les territoires des deux pays** pour entretenir des **relations directes avec le parent « abandonné »** et des membres de la famille qui y vivent (grands-parents, oncles, tantes, etc.) risque d'être **violé par les deux États**. Une telle violation conjointe, bi-étatique est contraire à cette dimension fondamentale de l'intérêt des enfants sur laquelle on a tant insisté (v. *supra*, n° 6 iii).

Exemple 8 (tiré de l'ATF 5A_850/2022 du 01.12.2022 cons. 3.2.2) : La mère avait déplacé l'enfant de Thonon-les-Bains à Lausanne, où elle avait trouvé un emploi, sans l'autorisation du père, qui habitait Thonon-les-Bains, où l'enfant résidait avant ce déplacement en principe illicite. Saisi par le père, le **juge français de Thonon-les-Bains**, constatant l'acte illicite de la mère, avait confié la garde au père. Pour le juge français, le placement de l'enfant chez le père n'était pas « *manifestement contraire à son intérêt* » (comme s'exprime l'art. 5 lit a) LF-EEA), à défaut il ne l'aurait pas ordonné. Pour le **Tribunal cantonal du Canton de Vaud**, un tel placement était « *manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant* » (selon l'article 5 lit a) LF-EEA), si bien qu'il refuse de prononcer le retour vers France et le Tribunal fédéral l'en approuve. A cause du désaccord entre la Suisse et la France au sujet de son meilleur intérêt quant au pays de sa résidence et sa prise en charge – l'enfant est autorisé par la Suisse à rester en Suisse et la mère à le prendre en charge ; pour la France, il devrait vivre en France chez le père – dès qu'il met ses pieds en France, il s'expose à être retenu en France par les autorités françaises et remis au père en exécution de la décision française. **Il faut ici rapidement surmonter ce conflit entre juridictions et entre les États-partenaires** dont elles sont les organes et faire en sorte que l'enfant, qui est par ailleurs *uniquement français*, et dont il y a des chances que les grands-parents paternels et maternels sont *tous ou majoritairement en France*, puisse assez rapidement être autorisé à voyager vers la France voisine, à tout le moins le temps d'un week-end ou d'une semaine pour rendre visite à son père et par exemple aller avec lui en Ardèche, sans compter que la mère, qui est aussi française, voudra aussi pouvoir l'emmener de temps à autre en France chez sa famille à elle.

21. **Rien n'est pourtant dit dans les textes actuels** – CLaH 96 et CLaH 80, et par conséquent LF-EEA – sur les moyens qu'il faut mettre en œuvre, et sur *qui doit faire quoi et comment* – pour sortir de l'impasse pouvant résulter **d'une décision de non-retour** et épargner à ces enfants un conflit entre les deux États co-intéressés quant à son meilleur intérêt au sujet du pays sur le territoire duquel, et au sujet du parent auprès duquel, il devrait vivre à titre principal et au sujet des droits de visite de l'autre parent et du pays d'exercice de ceux-ci (v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 50 viii). Cette dimension pourtant fondamentale de l'intérêt de l'enfant n'étant pas prise suffisamment en compte par le cadre

normatif actuel, **c'est là une raison suffisante – et même impérieuse, si on a cœur le « *Kindeswohl* » – d'essayer de réfléchir à comment le faire évoluer.**

4. Quelques perspectives d'évolution du cadre normatif dans l'intérêt de l'enfant

22. L'élaboration de la LF-EEA au cours des années 2005 et 2007 avait fourni aux membres de la délégation suisse l'occasion de proposer à leurs partenaires au sein de la Conférence de La Haye un **protocole interprétatif du texte de la CLaH 80 qui reflétait certaines dispositions de la LF-EEA**, notamment l'article 5. Cette proposition n'avait pas suscité **d'adhésion suffisante.**

Pour le texte de cette proposition, v. *La lettre des juges*, 2009, p. 41 s. Nous pensons que cette proposition n'a pas suscité d'adhésion suffisante car elle revenait semble-t-il en substance à demander aux représentants des États auxquels elle s'adressait d'accepter ceci : « *Même si les autorités judiciaires de vos États, interdisent, par une décision de justice, au 'parent de référence', dans les situations visées, de déménager avec l'enfant, le parent de référence devrait pouvoir impunément quitter votre pays avec l'enfant et désobéir à vos autorités et vos décisions* ».

On comprend que cette proposition puisse, aux yeux des représentants de ces États et de ses autorités, ne pas être particulièrement *attrayante*.

23. Il est permis de tirer profit de la révision de la LF-EEA quinze ans après pour **réfléchir à nouveaux frais** sur la manière de **faire évoluer le cadre normatif international**, et d'une manière qui pourrait cette fois-ci **générer un consensus.**

24. Et il convient de commencer par étudier les **mobiles** des enlèvements internationaux d'enfant par leurs parents. Or le mobile principal semble bien – on l'a souligné à de multiples reprises : *supra*, n° 4 viii – résulter d'une insatisfaction à l'égard du critère de prévention des *conflits entre États* consistant à confier la tâche de fixer le lieu de résidence de l'enfant, en cas d'accord des parents, **aux autorités mono-nationales de l'État de la résidence habituelle actuelle de l'enfant, c'est-à-dire de l'un des États « candidats » à recevoir la résidence future de l'enfant**, du fait que l'un des parents veut que l'enfant y reste installé à titre principal, en déniait *a priori* compétence aux autorités de l'autre État co-intéressé et également candidat à recevoir une telle résidence future de l'enfant, du fait que l'autre parent veut que l'enfant s'y installe. Aux **yeux des parents**, et notamment du parent qui n'est pas ressortissant de l'État de la résidence habituelle *actuelle* et qui veut précisément déménager avec l'enfant sur le territoire de l'autre État « *candidat* » à recevoir la résidence habituelle *future* de celui-ci, les autorités mono-nationales de l'État de la résidence habituelle actuelle peuvent ne pas offrir les **garanties d'une neutralité, d'une indépendance, d'une sérénité et d'une objectivité de jugement** – en un mot d'une **légitimité** – suffisantes, à l'égard de l'objet particulier d'un tel désaccord, pour statuer sur lui.

Cf. G.P. Romano, Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale, in: La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2019, vol. 141, n° 9, p. 245–280, p. 269, dont voici un extrait :

« Dès le début de l'entretien auquel j'ai déjà fait allusion, Isabelle Neulinger a expliqué ce que je soupçonnais à vrai dire déjà: c'est-à-dire que le tribunal israélien s'était montré dès le départ du *côté*, sinon du moins de la collectivité israélienne. Et qu'en raison également de la politique démographique poursuivie par Israël, il n'aurait jamais autorisé la mère d'un enfant israélien, fils d'un père israélien, à quitter Israël et s'installer en Suisse avec la mère contre la volonté du père. C'est pourquoi, elle a commencé à développer le désir, et le plan, d'échapper à la justice israélienne qu'elle percevait comme *partisane*, c'est-à-dire comme impuissante à juger l'affaire, à statuer avec la sérénité et l'objectivité nécessaires sur la requête d'autorisation du changement de résidence de Noam, d'Israël vers la Suisse. La justice mono-nationale devant se récuser

mais ne se récusant pas — ne pouvant pas se récuser —, il ne reste qu'à la récuser soi-même, en se plaçant en dehors de son pouvoir de contrainte ».

L'**essor spectaculaire** des « requêtes » dirigées à l'encontre des États, de **leurs autorités mono-nationales** et de leurs décisions devant la **Cour européenne des droits de l'homme** en matière d'enlèvement parental (sur lesquelles v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 50 s.), semble montrer que les parents qui sont membres de famille bi-nationales, s'agissant de déterminer le lieu de résidence de l'enfant post-séparation et simplement d'obtenir *justice*, sont souvent **insatisfaits de la justice « mono-nationale »** dont ils essayent d'attaquer les déterminations en s'adressant à un **tribunal multinational, multi-étatique, sur-étatique**, qui est **au-dessus des deux États et des deux collectivités en présence**, justement : **la Cour européenne elle-même**.

25. Lorsque l'enlèvement international d'un enfant commis par un parent **suscite la bienveillance de son entourage, des média de l'État-refuge, de ses juristes et intellectuels** qui représentent en quelque sorte la conscience « *collective* » mono-nationale de cet État, jusqu'à certains membres de ses instances législatives (v. *infra*, ad art. 5 LF-EEA), et aux autorités judiciaires et d'exécution – lorsqu'elles renoncent à ordonner le retour ou à tout le moins à l'exécuter – c'est qu'un tel acte **ne semble pas à leurs yeux non plus injustifié**.

26. Un premier moyen pour faire évoluer les choses consisterait à **faire régresser le nombre de déplacements illicites en faisant progresser le nombre des déplacements licites c'est-à-dire autorisés**. Il convient alors de travailler **au stade antérieur à l'enlèvement** – enlèvement qui, logiquement, est, encore, à ce stade, *potentiel*, et dont il s'agirait, dans l'intérêt des enfants, et en vue du but de la *prévention*, de faire en sorte qu'il puisse le *rester le plus souvent possible* – et fixer aux autorités de l'État de la résidence habituelle *actuelle* des principes objectifs applicables à la requête de déménagement *licite* formée par le parent qui souhaite déménager avec l'enfant et la procédure qu'elle engage et qui **puissent en encadrer assez rigoureusement le pouvoir discrétionnaire**.

27. Des principes intéressants sont inscrits dans la « **Déclaration de Washington sur le déménagement international ou relocalisation** » (c'est la traduction du terme anglais « *relocation* ») **de 2010**. Une telle « Déclaration » est pourtant si peu connue qu'il est même difficile d'en trouver une bonne traduction en langue française (celle utilisée ci-dessous est proposée par la Conférence de La Haye). Il s'agirait alors de promouvoir la **connaissance et le respect de tels principes**. Voici d'eux d'entre eux, l'un solidaire de l'autre.

- (i) Le parent qui veut déménager avec l'enfant **doit l'annoncer** à l'autre parent et en cas de désaccord, **solliciter l'autorisation des autorités qui ont la compétence pour l'octroyer**. Il ne doit pas agir de **manière unilatérale**. Le lien entre le désir de *relocalisation* et *l'enlèvement* est bien perçu par ce texte dont la version anglaise originale qualifie l'enlèvement de « *unlawful relocation* », de « *relocalisation illicite* ».
- (ii) L'autorité doit prendre en considération une série de facteurs et **ne devrait pas nourrir le « moindre préjugé contre la relocalisation »** mais statuer sur le **fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant**.

On se permettra de reproduire ici le texte complet de la Déclaration de Washington :

Disponibilité de procédures judiciaires relatives à la relocalisation internationale

1. Les États devraient s'assurer qu'il existe des procédures judiciaires permettant de solliciter le droit de déménager avec l'enfant auprès de l'autorité compétente. **Les parties devraient être exhortées à utiliser ces procédures et dissuadées d'agir unilatéralement**.

Notification de la relocalisation internationale dans un délai raisonnable

2. La personne souhaitant demander une relocalisation internationale avec l'enfant devrait, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, **notifier dans un délai raisonnable** son intention avant d'entamer la procédure correspondante, ou bien, dans le cas où toute procédure est inutile, **avant de déménager effectivement**.

Facteurs à prendre en considération dans les décisions relatives à la relocalisation internationale

3. **L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale** (principale) de toute demande relative à une relocalisation internationale. Par conséquent, les **décisions doivent être prononcées sans le moindre préjugé pour ou contre la relocalisation.**

4. Afin de discerner plus aisément dans quels cas la relocalisation doit être accordée ou refusée et de promouvoir une approche internationale plus uniforme, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges doit être guidé notamment, mais pas uniquement, par les facteurs suivants (leur ordre ne présupposant pas de leur priorité). La pondération qu'il convient d'attribuer à un facteur donné variera au cas par cas :

- i) le droit de l'enfant séparé de l'un de ses parents **d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents**, de manière compatible avec le développement de l'enfant, sauf si ces contacts sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- ii) l'opinion de l'enfant, selon l'âge et la maturité de ce dernier ;
- iii) les propositions des parties concernant les **dispositions pratiques** en vue de la relocalisation (logement, scolarité, emploi, etc.) ;
- iv) s'ils ont une incidence sur la décision, les motifs de la demande de relocalisation ou, au contraire, de sa contestation ;
- v) les éventuels antécédents de violence familiale ou d'abus (physiques ou psychologiques) ;
- vi) les antécédents de la famille, notamment la continuité et la qualité des modalités passées et présentes mises en place en matière de prise en charge et de contact ;
- vii) les décisions existantes en matière de droit de garde et de visite ;
- viii) l'incidence de l'autorisation ou du refus de la relocalisation **sur l'enfant**, dans le contexte de sa **famille étendue**, de son éducation et de sa vie sociale, et **sur les parties** ;
- ix) la nature des relations entre parents et **l'engagement du demandeur à soutenir et faciliter les relations entre l'enfant et le défendeur après la relocalisation** ;
- x) le caractère réaliste des propositions faites par les parties en vue d'entretenir le contact avec l'enfant après la relocalisation, en tenant particulièrement compte du coût que cela représente pour la famille et de la charge imposée à l'enfant ;
- xi) le caractère exécutoire des dispositions relatives au contact imposées à titre de condition de la relocalisation dans l'État de destination ;
- xii) les questions de mobilité des membres de la famille ; et
- xiii) toutes autres circonstances jugées pertinentes par le juge.

5. Même si ces facteurs peuvent s'appliquer aux relocalisations se produisant à l'intérieur d'un pays, ils visent principalement les relocalisations internationales et font généralement intervenir des considérations de droit international de la famille.

6. Ces facteurs reflètent les conclusions tirées des recherches portant sur les besoins et le développement des enfants dans le contexte d'une relocalisation.

Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection internationale des enfants

7. Il est reconnu que les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 définissent un cadre mondial pour la coopération internationale en matière de **relocalisation internationale des familles**. La Convention de 1980 énonce le principal recours (décision ordonnant le retour de l'enfant) en cas de déplacement illicite. La Convention de 1996 prévoit l'établissement, ainsi que la reconnaissance (préalable) et l'exécution des décisions de relocalisation, ainsi que les conditions y afférentes. Elle facilite la coopération directe entre autorités judiciaires et administratives des deux États

concernés, ainsi que l'échange d'informations pertinentes s'agissant de la protection de l'enfant. Sans préjudice des lois internes des États, ce cadre doit être considéré comme faisant partie intégrante du système mondial de protection des droits de l'enfant. Il est vivement conseillé aux États qui ne l'ont pas encore fait d'adhérer à ces Conventions.

Promotion des accords

8. **Le règlement amiable des différends entre parents en matière de relocalisation devrait être un objectif central.** La médiation et les **moyens similaires visant à encourager les accords entre parents devraient être promus et proposés tant hors des tribunaux que dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'opinion de l'enfant devrait être prise en compte, selon l'âge et la maturité de l'enfant, dans le cadre des diverses procédures.**

Exécution des décisions de relocalisation

9. Les décisions de relocalisation et les conditions y afférentes devraient pouvoir être exécutées dans l'État de destination. Par conséquent, les États de destination devraient envisager de prononcer des décisions reflétant celles prononcées dans les États d'origine. Lorsque cette possibilité n'existe pas, les États de destination devraient étudier l'opportunité d'introduire des dispositions appropriées dans leur législation interne afin que des décisions reflétant celles prononcées dans les États d'origine puissent effectivement être prononcées sur leur propre territoire.

Modification des modalités de contact

10. Les autorités de l'État de destination devraient s'interdire de mettre fin à l'exercice du droit de contact par le parent délaissé, ou même de le restreindre, sauf en cas de changements importants contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Communications judiciaires directes

11. Les **communications judiciaires directes** entre juges des pays concernés sont encouragées afin de **permettre l'établissement**, la reconnaissance et l'exécution, la reproduction et la modification, le cas échéant, des décisions de relocalisation.

Recherches

12. Il est reconnu que des **recherches supplémentaires** en matière de relocalisation sont nécessaires pour pouvoir analyser les tendances et résultats observés dans les affaires de relocalisation.

28. Une voie complémentaire consisterait à mettre sur pied des **organismes binationaux ou « mixtes »** formés par les représentants des autorités des deux États concernés. Un pas dans cette direction est franchi par l'**Accord entre la Confédération suisse et la République libanaise** concernant la coopération en certaines matières familiales conclu le 31 octobre 2005 et entré en vigueur par échange de notes le 1er mars 2006 dont le texte ne cesse d'intriguer.

(i) Il est d'abord utile d'en citer le **préambule** :

« La Confédération suisse et la République libanaise, ci-après dénommées « les Parties contractantes », à l'appui de leurs relations mutuelles, tenant compte de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989 et, en particulier de l'art. 11, en vertu duquel les États parties, incluant la Confédération suisse et la République libanaise, prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger et, à cette fin, favorisent la conclusion **d'accords bilatéraux ou multilatéraux** à cet égard, tenant compte de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, signée le 24 avril 1963, à laquelle la Confédération suisse et la République libanaise sont parties, et notamment l'art. 5 let. e) et h), en vertu duquel les fonctions consulaires consistent entre autres à prêter secours aux ressortissants de l'État d'envoi et à **sauvegarder**, dans les limites fixées par les lois et les règlements de l'État de résidence, les **intérêts des enfants qui sont des ressortissants de l'État d'envoi** [*ce passage semble bien attester de la réalité que les autorités d'un État doivent protéger l'enfant qui est ressortissant de cet État et de là à penser que la protection de cet enfant est mieux assurée si on lui prescrit ou on l'autorise à vivre sur son territoire si tel est la volonté*

d'un de ses parents lui-même ressortissants, il n'y a qu'un pas], reconnaissant que les affaires d'ordre familial, y compris les questions relatives à la garde des enfants et aux droits de visite, **peuvent fréquemment représenter des tragédies humaines** et présenter un défi particulier pour **trouver, au niveau bilatéral, une solution rapide, équitable et humaine,** désireuses de promouvoir et de favoriser la coopération entre leurs deux États pour régler ces questions, sont convenues de ce qui suit... »:

- (ii) La nouveauté de cet accord tient à la constitution d'une « **commission mixte** » à laquelle un certain nombre de **tâches** sont confiées.

Art. 2 Institution d'une Commission mixte

« 1. Une **Commission mixte** est instituée dès l'entrée en vigueur du présent Accord, comprenant des **représentants des Départements des Affaires étrangères et de Justice et Police de la Confédération suisse** ainsi que des représentants des **Ministères des Affaires étrangères, de la Justice et de l'Intérieur de la République libanaise.**

2. Chaque Partie contractante peut adjoindre à sa délégation d'autres experts en fonction des affaires présentées à la Commission.

3. Chaque Partie contractante désigne un coordinateur afin d'assurer des contacts suivis avec l'autre Partie ».

Art. 3 Mandats et principes

1. La Commission est un organe de consultation et de coopération pour les autorités chargées d'affaires portant sur les droits de l'enfant, droits de garde et de visite, lorsqu'il s'agit d'enfants ayant la nationalité d'une des Parties contractantes ou résidant habituellement sur le territoire d'une d'entre elles. La Commission coopère en vue de la conclusion de solutions amiables.

2. L'activité de la Commission est basée sur:

a) les principes généralement admis en droit international, les **principes d'équité** et le droit de chaque enfant **de vivre et de partager une affection mutuelle avec ses deux parents;**

b) le droit de l'enfant, séparé d'un de ses parents ou des deux, **d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents,** sauf si, dans des cas exceptionnels, cela est contraire à son intérêt supérieur; et c) le respect du droit de visite du parent qui n'est pas investi du droit de garde.

Art. 4 Tâches

1. Les Parties contractantes peuvent, l'une comme l'autre, par la voie diplomatique, soumettre à la Commission des cas particuliers concernant les droits de l'enfant, la garde de l'enfant et les droits de visite.

2. La Commission doit, conformément aux législations respectives des Parties contractantes,

a) **prendre toutes les mesures appropriées pour faciliter une solution amiable entre les parents,** tendant en particulier au retour immédiat de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle avant d'être déplacé ou retenu ou à l'exercice transfrontière des droits de visite du parent qui n'a pas la garde de l'enfant;

b) **suivre et, dans la mesure du possible, faciliter l'évolution des procédures** en cours, informer les parents sur la localisation, l'état de santé physique et moral de l'enfant ainsi que sur l'évolution des procédures en cours;

c) faciliter l'exercice réel et effectif du **droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations et des contacts directs avec ses deux parents,**

sauf s'il existe un risque grave qu'il ne soit exposé à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière placé dans une situation intolérable;

d) soutenir, si nécessaire, des **demandes de visas ou de permis de sortie pour l'enfant ou le parent qui n'en a pas la garde**;

e) recevoir et échanger les informations et les documents relatifs aux cas et faciliter la transmission de ces informations et documents aux autorités compétentes de chacune des Parties contractantes.

3. Lorsque cela est approprié, la Commission peut **faire des recommandations aux autorités compétentes** afin de faciliter l'exécution de toute entente privée entre les individus qui sont parties intéressées dans un cas particulier.

Cet accord a le mérite de suggérer que, pour prévenir les « *tragédies humaines* » évoquées dans le « *préambule* », et les atténuer, il faut rechercher une « **solution rapide, équitable et humaine** » et qu'une telle solution ne peut qu'être recherchée « *au niveau bilatéral* ». Hélas, cette « *commission mixte* » n'a pas pu entrer en fonction, faute pour le Liban d'avoir désigné ses membres (cf. *Schlussbericht*, p. 108), sans doute aussi parce que ce pays vit depuis plusieurs années de multiples et considérables crises et doit faire face à de multiples « *urgences* », et depuis 2010 à la terrible crise des réfugiés syriens dont près d'un million ont déferlé sur son petit territoire et mobilisé bien de ressources étatiques. Comme l'atteste une histoire récente dont s'est emparée la **Tribune de Genève**, il n'aurait été pas moins bénéfique qu'un tel texte entre en fonction :

Exemple 9 : « Nour est une femme brisée. Depuis près d'un an, cette **Genevoise de nationalité libanaise**, analyste d'investissements dans un *family office*, n'a pas vu son fils Karim, aujourd'hui âgé de 4 ans. L'enfant a été emmené par son père au Liban, d'où ils ne sont jamais revenus. Après quelques contacts, notamment pour demander de l'argent à son ex-femme, le père a coupé les liens. Nour a déposé une plainte pénale pour enlèvement d'enfant auprès du Ministère public et un signalement de l'enfant sur Interpol est effectué. Mais le Liban n'ayant pas **ratifié la convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants, il n'est pas tenu d'intervenir et les autorités suisses sont impuissantes** » (M. Grojean, *Tribune de Genève*, 21 décembre 2021, publiée en ligne à 6h31).

29. Un pas plus laborieux à franchir consisterait établir de **tribunaux judiciaires multi-nationaux**.

- (i) Observons toutefois d'emblée qu'une **Cour multi-nationale** – au sein de laquelle siègent souvent des **juges** des deux **États co-intéressés** – compétente pour statuer sur des requêtes dirigées contre les décisions rendues par les *autorités judiciaires* mono-nationales de l'un ou l'autre État – celui de la résidence habituelle *antérieure à l'enlèvement* et celui de la résidence habituelle *postérieure à l'enlèvement* – mais aussi contre des décisions de leurs *autorités d'exécution*, existe déjà : **la Cour européenne des droits de l'homme**. La CEDH s'est transformée au fil du temps, sans doute malgré elle, en **instance d'ultime recours** en matière de responsabilité parentale transfrontalière et d'enlèvement international. Car elle **très sollicitée par les justiciables** en la matière. Cela semble bien confirmer le besoin qu'ils éprouvent de s'adresser à une autorité située au-dessus des États co-intéressés et ayant un regard surplombant, bi-national, et non pas un point de vue *unilatéral, de biais*.
- (a) Lorsque le requérant est le parent *ravisé*, celui-ci se plaint souvent de ce que l'État de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement, en *solidarisant* avec l'autre parent, **l'a traité, avant l'enlèvement ou à la suite de celui-ci, de manière discriminatoire** (cf. art. 14 ConvEDH), ou, en tout cas, de nature à violer son **droit au procès équitable** (art. 6 ConvEDH) ou *porter atteinte à ses droits au respect de la vie privée et familiale* (art. 8 ConvEDH). Mais le

parent ravisseur peut également se plaindre du fait que l'*État-refuge*, en estimant que la CLaH 80 lui imposait de prescrire le retour, s'est rendu en quelque sorte et malgré ses meilleures intentions **complice de l'iniquité** ou de la **discrimination** dont il avait été ou allait être victime du fait des autorités de son État partenaire.

- (b) Lorsque le requérant est le parent *abandonné*, celui-ci peut se plaindre du fait que l'*État-refuge*, en *solidarisant* avec le parent ravisseur, n'a pas ordonné le retour, ou qu'il n'a pas exécuté l'ordre de retour, ou bien qu'il a commis toute sorte de négligence procédurale ou de passivité contraires à ses droits (ici de nouveau : ceux que consacrent les art. 8 et art. 14 ConvEDH).

La CEDH retient assez souvent en la matière les **violations** des droits invoqués devant elle. Mais il semble bien qu'on ne puisse pas discerner en ses interventions le remède dont les membres des familles internationales ont besoin : d'abord, parce que **la CEDH n'est pas compétente à statuer sur un litige d'un particulier à l'encontre d'un particulier**, et cela suffirait impose de rechercher d'autres pistes ; ensuite, il est d'évidence insatisfaisant d'astreindre les parents concernés à s'adresser à deux ou parfois trois instances mono-nationales avant de pouvoir rechercher justice devant une instance multi-nationale, ce que peu d'entre eux ont les ressources psychologiques, caractérielles et financières pour endurer ; encore, avant qu'on arrive à une décision de la CEDH, **plusieurs années** se sont écoulées dès l'éclatement du désaccord entre les parents qui a débouché sur le litige : cela entraîne que la sanction d'une violation, si violation il y a, ne peut être le plus souvent qu'une sanction *pécuniaire* ; enfin, on peut se demander s'il ne manquerait pas à la CEDH une **spécialisation** dans le domaine particulier de la responsabilité parentale internationale, la ConvEDH n'évoquant dans **aucune de ces dispositions** les droits des *enfants*.

- (ii) Au sein des **Nations Unies**, on peut penser à des tribunaux des Nations-Unies spécialisés en les questions de responsabilité parentale internationale et englobant des juges judiciaires des différentes États co-intéressés. Un **protocole additionnel à la Convention universelle des Nations-Unies des droits de l'enfant 1989** pourrait définir les principes de procédure, de désignation des magistrats, le financement, etc. Ayant depuis quelques années été doté de pouvoirs **quasi-juridictionnels** qui ne sont pas bien différents de ceux de la CEDH mais consistent à statuer sur la question de savoir s'il y eu ou non violation de la CDE, le **Comité des droits des enfants** pourrait naturellement avoir un rôle à jouer, pour notamment administrer les *listes nationales* des juges et déterminer la composition des collèges qui statueront sur telle ou telle autre affaire, etc.. Le Comité des droits des enfants pourrait aussi fonctionner comme **comité d'appel (« Appellate Committee »)** car **il faudrait bien sûr organiser une instance de recours.**

Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une **procédure de présentation de communications**, conclu à New York le 19 décembre 2011 et entré en vigueur pour la Suisse le 24 juillet 2017, attribue au Comité des droits de l'enfant des **fonctions quasi-juridictionnelles**.

Les *personnes* composant les tribunaux inter-étatiques des Nations-Unies ici envisagés pourraient bien sûr être les **mêmes** que celles qui siègent aujourd'hui dans les tribunaux mono-nationaux compétents dans des affaires de responsabilité parentale internationale et d'enlèvements d'enfants. Ainsi, dans l'**Exemple 2**, un juge membre de la Cour de justice de Genève et un juge membre de la *Family Division* de la *High Court of Justice* de Londres pourraient faire partie de ce tribunal multi-national helvético-britannique, qui serait susceptible de fonctionner sous l'égide du Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies, celui-ci pouvant au demeurant être compétent pour connaître des *recours*.

(iii) Au sein des États membres de la **Conférence de La Haye** et parties aux Conventions de 1996 et de 1980, on peut songer à des tribunaux inter-étatiques composés de **« juges de liaison » des deux États co-intéressés** (un pour chaque État) et présidé par le juge de liaison d'un **autre État partie**. Les personnes qui fonctionnent aujourd'hui comme **juges de liaison** ont l'avantage d'être des juges *de profession* dans chacun des États co-intéressés, *spécialisés* de surcroît dans le domaine du droit *international* de la *responsabilité parentale*, et habitués à la *communication directe* et au *dialogue interjudiciaire* multi-culturel et transfrontières avec leurs homologues d'autres États. En somme, des **personnes compétentes et qualifiées pour assumer de telles tâches – les membres du « Réseau international des juges de La Haye » – semblent déjà être disponibles, tout comme un début d'infrastructure.**

Exemple 8 (suite). Si la mère, à la suite de la séparation d'avec le père, trouve un travail de l'autre côté du Léman et veut déménager de Thonon-les-Bains à Lausanne avec l'enfant, et que le père s'y oppose, la mère pourra s'adresser à un tribunal *franco-suisse* (un peut, si l'on préfère, l'appeler « *comité* » : il y a des « *comités* » qui ont des *fonctions juridictionnelles* : que l'on pense à l'*ad hoc Committee* au sein de la Convention de Washington de 1965, ou au sein de l'OMPI, etc. ; cf. ég. le « *Privy Council* »). Ce tribunal serait composé d'un juge de liaison suisse – **Madame Marie-Pierre de Montmollin ou Monsieur Daniel Bähler** – et d'un juge de liaison *français*, et présidé par un juge de liaison *italien* ou *allemand* ou *espagnol*. Bien sûr, ce tribunal franco-suisse aura le pouvoir d'autoriser le déménagement de la mère et de l'enfant en cas d'urgence **même à titre de mesures provisionnelles**. Il faudrait aussi prévoir un mécanisme d'*appel* (un « *comité d'appel* » géré par le Bureau permanent au sein de la Conférence de La Haye ? et englobant d'autres juges de liaison du Réseau des juges de La Haye ?). Demandons-nous si, à partir du moment où elle peut s'adresser à un tel tribunal inter-étatique, la mère aurait encore besoin de réaliser un *coup de force* pour fuir la justice mono-nationale française, qu'elle peut deviner *hostile* à son projet, car elle peut être encline à protéger le côté *français* de l'enfant et le père, *français* et résident *français*, et pour escompter la bienveillance de la justice mono-nationale *suisse*, qu'elle peut supposer plus *réceptive*. **Il semble peu contestable que le système ici envisagé serait plus conforme à l'intérêt de l'enfant que le système actuel,** notamment :

- (i) parce qu'il augmente les chances de la *prévention de l'enlèvement*, c'est-à-dire les chances que soit épargné à cet enfant un déplacement *illicite*, qui lui fait du mal en ce qu'il suppose la *détresse* du parent ravisseur, laquelle risque de se communiquer à l'enfant, et provoque la *douleur* et l'*agacement* du parent « *abandonné* », qui peuvent aussi déteindre négativement sur lui ;
- (ii) parce qu'il est équitable à l'égard des *deux parents* et peut dès lors favoriser une certaine *désescalade* et prévenir la *radicalisation* de leur opposition ;
- (iii) parce que l'intérêt post-séparation de l'enfant quant à son lieu de vie et à sa garde serait finalement apprécié par une instance franco-suisse qui est mieux à même de l'apprécier *objectivement*, c'est-à-dire sans *biais* et sans *contrainte* de nationalité ;
- (iv) parce que le risque d'un *conflit de décisions mono-nationales* entre la Suisse et la France au sujet de sa résidence post-séparation en est conjuré ;
- (v) parce que cet enfant pourrait de toutes façons – et quel que soit le parent qui se verra attribuer la garde – continuer à se déplacer librement entre les territoires de ses deux pays pour maintenir des contacts *directs* avec les deux parents et avec les deux familles élargies, etc.

30. De tels **tribunaux inter-étatiques** pourraient, dans un avenir pas trop lointain, voir le jour au sein de l'**Union européenne** en tant que **tribunaux européens** composés de juges des différents États membres impliqués. Un système semblable est entré en fonction

dans un domaine certes différent, celui des **brevets européens**, le **1er juin 2023**. Différents tribunaux européens ayant leur siège dans différents États-membres mais de **composition multi-nationale et mixte** composent la « *jurisdiction unitaire des brevets* » et ont dorénavant la responsabilité de statuer sur des différends européens entre, typiquement, une sociétés commerciale d'un État membre et une société commerciale d'un autre État membre.

Sur la pertinence, dans l'intérêt des enfants, des parents, des collectivités – car beaucoup d'argent public dépensé aujourd'hui pour financer des guerres inter-parentales parfois sans fin est susceptible d'être économisé... – des **tribunaux européens de composition multinationale** où les deux nationalités des parents et de l'enfant et les résidences actuelles ou projetées de chacun sont représentés, et compétents pour trancher des conflits entre, par exemple, un père italien et une mère autrichienne (comme dans l'affaire *Povse*), entre un père allemand et une mère lituanienne (comme dans l'affaire *Rinau*), entre un père espagnol et une mère allemande (comme dans les affaires *Aguirre Zarraga*), entre un père danois et une mère autrichienne (comme dans l'affaire *Weilharter*), entre un père italien et une mère lettone (comme dans l'affaire *Sneersone*), entre un père français et une mère hongroise (comme dans l'affaire *Royer*), v. Gian Paolo, Romano, *European Family Courts and Inter-Country (Arbitration?) Courts to Deal with Cross-Border Custody Disputes*, *Yearbook of Private International Law*, 2022, vol. XXIII (2021/2022), p. 155–176, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:164316>>.

Les **parents impliqués** semblent bien appeler une telle évolution de leurs vœux.

Exemple 7 (suite) : Dans l'affaire *Weilharter*, le journal *Vienna Review* du 5 nov. 2012, dit que « *Weilharter finds the current situation agony: 'I would prefer such matters were decided by a **neutral court in another country**'* ». Cet article relate également que, selon Me Britta Schönhart, avocate autrichienne, « *We need a **European body or higher court** deciding cases like these* ». Et que l'avocate danoise, Marianne Steiness « *wholeheartedly agrees, suggesting that... international conflicts like this would be treated by a **European Family Court*** ».

31. Dans l'attente de la mise sur pied de tels tribunaux *judiciaires*, il ne serait pas inutile de reconnaître que beaucoup des vertus traditionnellement prêtées à l'**arbitrage international** comme « **mode alternatif de différends** » sont particulièrement **bienvenues** dans le domaine de la responsabilité parentale transfrontalière et de la *prévention* et de la *résolution* de cas d'enlèvement international d'enfants, et ce à fin de trouver une **solution** « **au niveau bilatéral, équitable, rapide et humaine** », pour citer une fois de plus le préambule de l'Accord helvético-libanais de 2005 (*supra*, n° 26).

- (i) « *Le principal avantage de l'arbitrage international [tel qu'il est perçu par les êtres humains qui décident d'y recourir] **est sa neutralité*** » (G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi), aucune des parties ne voulant se soumettre aux tribunaux de l'autre. Pourquoi cette garantie de neutralité devrait-elle être refusée aux enfants et aux parents impliqués dans des affaires où la perception par les intéressés d'un *manque de neutralité suffisante* de la part des autorités mono-nationales d'un État **pourrait être encore plus prononcée** que dans les litiges *commerciaux* ?

Citons également E. Gaillard : « L'avantage de l'arbitrage... tient à la **neutralité, géographique et en termes de nationalité**, des arbitres (**personne ne voulant plaider chez l'autre**), à la participation des parties à la **nomination des arbitres**...».

- (ii) La mise à disposition d'une justice internationale de type arbitral est susceptible de faire croître le nombre de différends où les parties parviennent à une **résolution amiable** en ce qu'elle les décourage d'engager une *course vers le for* le plus favorable et les manœuvres d'une partie visant à se l'assurer. On l'a dit souvent : un parent qui s'adonne à l'enlèvement international d'un enfant est souvent motivé par la **volonté de chercher la bienveillance des autorités de « son » propre État**, c'est-à-dire de provoquer un changement de « *for* ».

- (iii) Le simple fait pour un parent de pouvoir compter sur un tribunal arbitral qui le représente également **aboutirait à prévenir un certain nombre d'enlèvements**, c'est-à-dire à mieux remplir le premier objectif de la CLaH 80. Car il retirerait au parent qui veut déménager avec l'enfant de l'État de la résidence habituelle actuelle de celui-ci vers un autre État un **double puissant mobile** : le désir de *fuir* des autorités mono-nationales *hostiles* et l'espoir de se placer sous la protection d'autorités mono-nationales *bienveillantes*. On y a insisté *ad nauseam* : prévenir les enlèvements est conforme à l'intérêt de principe des enfants de ne pas être enlevés par un parent contre la volonté et au détriment des droits de l'autre.

Exemple 3 (suite). La mère suisse qui veut s'installer d'Angleterre en Suisse avec sa fille alors que le père britannique s'y oppose pourra introduire sa requête de déménagement (« *relocation* ») devant un tribunal international arbitral pouvant englober un membre suisse, qui peut être le **Professeur Bucher** lui-même – grand spécialiste à la fois du droit international des enfants et de l'arbitrage international – et un membre *britannique*, et qui devra englober un spécialiste d'un autre pays. Il y a lieu de penser que, pouvant s'adresser à une instance qui la représente également, et qui représente également le côté *suisse* de la famille et de l'enfant – instance qu'elle peut avoir **concouru de manière paritaire à désigner** – cette Suisseuse serait moins encline à *enlever* l'enfant de Suisse vers l'Angleterre.

Après avoir souvent critiqué le Tribunal fédéral – v. son appréciation ensemble : « *Ainsi que l'illustre le récit de la jurisprudence, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral n'est pas parvenue à répondre aux objectifs du , tant elle méconnaît l'intérêt des enfants* » (Commentaire romand, mise à jour, 7.9.2023, n° 252) –, le Professeur Andreas Bucher pourra enfin concourir à rendre lui-même les **décisions** dans ces affaires délicates. Mais pas tout seul (!) : aux côtés d'un membre britannique et d'un-e Président-e d'un pays qui ne devrait logiquement pas être ni Suisse et ni d'Angleterre. Nous pensons qu'un tribunal arbitral bi-national composé de la sorte **puisse faire davantage pour l'intérêt de ces enfants bi-nationaux** que ne le peut le Tribunal fédéral, juridiction mono-nationale, aussi prestigieuse soit-elle et aussi compétents soient-ils les magistrat-e-s qui y siègent, lorsqu'on lui demande de statuer sur un recours à l'encontre d'une décision cantonale qui se prononce sur une demande de retour, ce qui suppose qu'un enlèvement international ait déjà été consommé, et que cet enfant ait déjà subi une atteinte profonde à son « *Kindeswohl* ».

Les membres de ces « *panels* » arbitraux pourraient au demeurant ne pas être que des juristes *de formation*, mais également des représentants d'**autres professions et d'autres acteurs et actrices de la protection de l'enfance**, y compris les *médiateurs* et les *médiatrices*, des *psychologues* et *sociologues* de l'enfance et des *travailleurs sociaux* (cf la composition à Genève du TPAE, comme d'ailleurs celles de l'autorité cantonale de protection de l'adulte et de l'enfant des autres cantons : sur l'importance de l'**interdisciplinarité** dans la composition des autorités chargées de statuer sur ces affaires, v. *infra*, ad art. 8 LF-EEA, n° 14 s.). Le *Comité des droits de l'enfant* de l'ONU englobe des *non-juristes* – le membre suisse, le Professeur Philippe Jaffé, est un **psychologue de l'enfance** – et s'est, on l'a dit, vu reconnaître des *pouvoirs quasi-juridictionnels*. Les **anciens membres des « Autorités centrales »** seraient, en raison de leur précieuse expérience de dialogue et de coopération *inter-étatique* dans ce domaine particulier, d'excellent-e-s candidat-e-s pour siéger dans de tels « *panels* ».

- (iv) L'arbitrage international, dit-on généralement, est un mode alternatif de résolution des litiges qui est **moins conflictuel** (« **confrontational** »), plus « *pacifique* », en tout cas plus « **collaboratif** » que le règlement *judiciaire* traditionnel.
- (a) La raison en est d'abord que les deux parties doivent **coopérer pour concourir à composer le tribunal**, plutôt que d'être chacune incitée à rechercher *unilatéralement* le juge mono-étatique plus avantageux pour elle.

- (b) La raison en est, ensuite, que le tribunal apparaît **plus légitime** aux yeux de l'une et de l'autre partie précisément parce que chacune a concouru de manière égalitaire à en désigner les membres et que les deux parties – leurs pays, leurs cultures, leurs langues, leurs religions, leurs sensibilités – **sont représentées de manière paritaire.**

Tout système de résolution des désaccords inter-parentaux qui est de nature à réduire la *conflictualité* et le *risque d'escalade* du conflit n'est-il **manifestement plus conforme à l'intérêt de l'enfant** qu'un système qui est susceptible malgré lui d'aboutir à encourager une telle conflictualité et à radicaliser un tel conflit (*supra*, n° 2 ii) ?

L'*arbitrage* est, comme la *médiation* et la *conciliation*, qualifié de mode *alternatif* de résolution des litiges (« ADR » selon l'acronyme anglais). Il est quelque peu paradoxal d'insister sur l'importance de la *médiation* – il vaut mieux que les parties trouvent un accord *elles-mêmes* sans mobiliser les autorités judiciaires *étatiques* – dans les affaires qui nous occupent et de ne pas s'intéresser à l'*arbitrage*, qui participe d'une **philosophie semblable** et qui est en définitive un mode de résolution à *mi-chemin* entre la médiation et le règlement judiciaire.

Sur ce paradoxe et sur une analyse des **réserves** que l'*arbitrage* pourrait susciter dans notre domaine – analyse qui se solde par le constat de la non-pertinence aujourd'hui de telles réserves s'agissant de l'*arbitrage inter-national*, G.P. Romano, Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale, in: La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2019, vol. 141, n° 9, p. 245–280, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135128>>. En un mot, ces réserves, qui souligneraient le caractère d'ordre public, de droit impératif de la matière qui nous occupe, l'intérêt public, étatique inhérent aux affaires où l'intérêt des enfants est en jeu et qu'il est menacé par le conflit entre les parents, négligent précisément que, dans ces affaires bi-nationales, **il y a deux États et deux collectivités publiques, que celles-ci peuvent avoir des prétentions antagonistes** à avancer au sujet de comment interpréter l'intérêt de « leur » enfant et régler le conflit, que le risque de *conflit d'ordres publics* et de *conflit d'intérêts étatiques* est « caractérisé », que de tels conflits sont une menace pour l'intérêt de cet enfant, que l'*arbitrage international* offre également un moyen éprouvé par l'histoire de surmonter les rivalités, les antagonismes et les *conflits inter-étatiques* (comme l'atteste l'*arbitrage* dit de l'*Alabama* qui a propulsé la Suisse et Genève comme centre mondial de l'*arbitrage*).

- (v) L'*arbitrage international* évite les coûts et les tracas et les conséquences indésirables de procédures parallèles et le **risque de conflits de juridictions et de jugements.** Comme le montrent les exemples proposés, ce risque **est particulièrement élevé** lorsque deux parents vivant dans des pays différents se livrent bataille autour du lieu de résidence de l'enfant. Et les conséquences d'un conflit international de décisions de garde sont souvent *tragiques* pour lui.
- (vi) L'*arbitrage international* est associé à une moindre exposition *publique* des parties impliquées, à une plus **grande discrétion**, à une plus **grande protection de la confidentialité et de leur vie privée.** N'est-ce pas ce dont on a grand besoin lorsque l'une des parties est **un enfant mineur** ? Une plus grande **informalité** lorsqu'il s'agit de l'organisation de la procédure peut également être une bonne chose pour les enfants et les parents.

Le fait que le juge *arbitral* puisse plus **librement se déplacer et traverser les frontières séparant les deux États co-intéressés**, qu'un juge *judiciaire*, qui est, lui cantonné au territoire de l'État dont il tient ses pouvoirs (sous peine, dit-on, de violer la souveraineté de l'autre État !), pour se rendre aux domiciles des parents, et y rencontrer l'enfant, et se faire une idée des deux contextes candidats à accueillir la résidence principale de l'enfant, n'est-ce mieux ajusté à l'objet du différend interparental *bi-territorial* ?

- (vii) Dans le même ordre d'idées, dans la mesure où l'arbitrage international est considéré comme moins concerné par des questions – et moins détournés par des préoccupations – liées à la **souveraineté des États** et à la « **fierté nationale** » et plus axé sur la **résolution de problèmes concrets et terre-à-terre des personnes privées**, il semble particulièrement ajusté aux véritables besoins des enfants et des parents.

Sandor Horvath (Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1016 s.) adresse à l'ensemble de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'enlèvement d'enfants jusqu'à 2017 une **critique sérieuse** qu'il formule comme suit : « Oberste Maxime der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheint die Gewährleistung der **staatlichen Souveränität der Vertragsstaaten zu sein**. Diese Maxime zeigt sich in einer anerkennungs- und vollstreckungsfreundlichen Rechtsprechung. Aus Sicht des Staates, der auch seine eigenen Entscheidungen im Ausland anerkannt haben will, ist diese Haltung grundsätzlich legitim. **Aber die Interessen und das Wohl des Kindes bleiben dabei oft auf der Strecke** ».

Les préoccupations liées à l'exercice et à la sauvegarde de la souveraineté d'un État, et de la juridiction d'un État, et au respect de la souveraineté d'un État, peuvent faire passer *en second plan* l'intérêt de l'enfant, pourtant « *supérieur* ».

- (viii) L'arbitrage international est souvent considéré comme **plus efficace et plus rapide** que les procédures qui se déroulent devant les tribunaux mono-étatiques. Là encore, le facteur-temps n'est-il pas un **facteur essentiel** lorsqu'il s'agit d'enfants et le **principe de célérité** n'est-il particulièrement important dans les affaires qui nous occupent ? L'arbitrage international a pu faire ses preuves comme moyen de **suppléer diverses carences** – lenteur, ressources insuffisantes, manque de spécialisation des juges, jusqu'à leur corruptibilité – **de la justice mono-étatique** dans certaines régions du monde.

Exemple 2 (suite). Dans cette affaire *helvético-mexicaine*, les autorités mexicaines n'avaient semble-t-il pas pu parvenir à une décision sur la garde de la fille **après plus de trois ans** (selon le témoignage de A. Bucher, RSDIE, 2019 ; v. ad art. 9 LF-EEA).

- (ix) Parce que l'autorité arbitrale et ici « *sur-étatique* » qui rend la justice est perçue comme plus légitime, l'arbitrage international – selon les statistiques – favorise la bonne volonté « *post-différend* » et **stimule la mise en œuvre volontaire** des décisions qui en résulte. La plupart des décisions internationales prises par des juges arbitraux sont **spontanément respectées** par la partie à qui elles imposent des obligations. Plus la légitimité de l'organisme chargé de la résolution d'un litige entre particuliers est grande aux yeux des êtres humains qui sont censés se conformer à sa décision, **plus sont élevées les chances qu'ils s'y conforment volontairement** ; plus ils se sentent représentés *de manière paritaire* par un tel organisme, plus ils seront enclins **à en accepter de bonne grâce la décision**, même si elle ne leur donne pas raison, ou pas entièrement.

Sur ce que « le **bien-être de l'enfant** » est « étroitement lié au contexte, à l'entente parentale et à **l'acceptation des décisions de justice** par les parties », Missing Children Switzerland, observations du 7 septembre 2023 (c'est nous qui soulignons).

Nous avons, dans le domaine qui nous occupe, constaté, d'une part, que **le respect spontané des décisions est particulièrement important** dans l'intérêt de l'enfant, et d'autre part, **leur non-respect est particulièrement fréquent** (v. *supra*, n° 18).

Nous avons constaté que l'enlèvement même constitue en quelque sorte un acte d'**insoumission** par le parent qui s'y adonne à **l'autorité** de l'État de la résidence habituelle actuelle de l'enfant et à la décision qu'elle a rendu ou, par anticipation, à

la décision qu'elle rendra probablement, qui rejette son projet de déménagement et qui risque même de lui retirer la garde ou de lui interdire de sortir avec l'enfant du territoire de cet État : v. *supra*, n° 8 (iv).

Ici de nouveau, un système qui promet d'encourager entre les parents une **relation de collaboration « post-différend »** est **nettement plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant**, et à l'intérêt des parents, qu'un système qui encourage la poursuite de leur guerre sous différents prétextes. Car les parents d'un enfant sont, dans l'intérêt de cet enfant, censés – beaucoup plus fréquemment que les sociétés commerciales qui sont ou ont été « cocontractantes » - **coopérer entre eux** après la procédure qui fixe leurs droits et leurs obligations (v. *supra*, n° 2, (x)).

- (x) Les décisions internationales arbitrales tendent à inspirer une **plus grande confiance** de principe que les décisions judiciaires « *mono-nationales* » étrangères chez les autorités des États qui sont censés les mettre en œuvre avec la *force* en cas de défaut de mise en œuvre *spontanée*. Par conséquent, de telles décisions internationales arbitrales ont tendance à être considérées comme dotées d'une propension intrinsèquement plus grande à la **circulation internationale** que les décisions judiciaires « *mono-nationales* ».

On en veut pour preuve le fait que plus de **160 pays** de tous les continents ont accepté de reconnaître et d'exécuter mutuellement les décisions arbitrales en adhérant à la **Conventions des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958** – qui constitue elle aussi un instrument *quasi-universel* – et qu'aucun instrument prescrivant la reconnaissance mutuelle de leurs décisions de justice mono-nationales n'a jamais connu un succès comparable. De nombreux pays arabes – comme l'Égypte, l'Algérie ou l'Arabie Saoudite – et de nombreux de pays asiatiques – comme la Chine ou l'Inde... – **éprouvent en revanche la plus grande réticence à faire confiance aux décisions mono-nationales** émanant d'États « occidentaux », comme la France, la Suisse, l'Allemagne ou les États-Unis.

Et de fait, dans notre domaine, ces États n'ont adhéré **ni à la CLaH 80 ni à la CLaH 96**. Et la raison de leur **manque d'enthousiasme** à l'égard de ces textes tient *aussi* à ce qu'ils estiment qu'en y adhérant, ils seraient liés à reconnaître les décisions provenant des autorités mono-nationales d'un État qui ont pu être *biaisés* en faveur du parent qui a **la nationalité, la résidence, la culture et au besoin la religion de cet État, souvent « occidental », et au détriment du parent qui est leur ressortissant et résident, qui a leur culture et au besoin leur religion, et au détriment de la composante *identitaire* de l'enfant qu'elles incarnent.**

S'agissant de familles rattachées à deux États dont l'un est un État dit « *occidental* » et l'autre un État d'Asie ou d'Afrique, l'État de la résidence habituelle *actuelle* de l'enfant au moment où intervient la séparation des parents est, statistiquement, *plus souvent* l'État occidental que l'État d'Asie ou d'Afrique. Pour des raisons de prospérité économique et d'opportunité de travail, il y a par exemple davantage de couples franco-algériens ou helvético-algériens dont la résidence principale est *en France* ou *en Suisse* que de couples franco-algériens ou helvético-algériens dont la résidence principale est *en Algérie*. Il en va de même de couples helvético-libanais ou helvético-égyptiens ou américano-indiens. La Convention de La Haye, si elle était en vigueur dans ces États, ferait dès lors prévaloir plus souvent **le point de vue de cet État « occidental » que le point de vue de ces autres États.**

Au sujet des raisons qui ont poussé par exemple l'**Inde**, malgré une forte pression internationale, notamment des États-Unis et du Royaume-Uni, **à ne pas adhérer à la CLaH 80**, v. le compte-rendu de la Library of Congress, *India : Decision not to Sign Hague Treaty on Child Abduction*, 23 janvier 2017 et Shalini Nair, *India Will not Ink Hague Treaty on Civil Aspects of Child Abduction*, Indian Express 27 nov. 2016. Une des raisons tient au constat dressé par le Gouvernement indien et notamment

par son Ministère de la protection des femmes, que « ...*signing it would be to the disadvantage of Indian women in that there were **far more cases** of Indian women escaping bad marriages **abroad** and returning "to the safety of their homes" in India than non-Indian women who are married to Indian men leaving India with their children, and that the majority of such cases involved women fleeing, not men* ». On voit que l'argument **statistique** a eu un poids non négligeable.

L'argument du **nationalisme** pratiqué, selon les témoignages de *femmes* indiennes, par les autorités de l'État de leur (ex-)mari ou (ex-)compagnon *occidental* – en l'occurrence les Etats-Unis – et de la tendance protectionniste que ces autorités manifestent à l'égard des hommes qui sont leurs propres ressortissants, a été également **décisif** : « Some Indian women who left the U.S. with their children have claimed that they and/or their children were subjected to routine, psychologically traumatic abuse by their husbands and in-laws. **When they made complaints to the authorities, either no action was taken**, they were forced to move into shelters, or **their children were removed by child protective services** » (A. Sengupta, *Mothers in Hague Plea – Call to Govt Not to Sign Child Abduction Convention*, Telegraph, 18 août 2016).

On rappellera que, pour rapprocher les États dits « occidentaux » et les États formant ce qui est appelé parfois, par un terme ambigu, le « sud global », **notamment dont la population est à majorité musulmane**, la Conférence de La Haye avait, au début des années 2000, lancé le « **Processus de Malte** » qui visait « à renforcer la coopération aux fins de la résolution des différends familiaux transfrontières impliquant des enfants qui ne relèvent pas du cadre juridique international en la matière ». Voici ce qu'on lit sur le site de la Conférence de La Haye à ce sujet : <https://www.hcch.net/fr/news-archive/details/?varevent=349> : « Lancé lors de la Conférence judiciaire sur les questions transfrontières de droit de la famille, qui s'est tenue à St. Julian's (Malte) en mars 2004, le Processus de Malte s'est développé pour devenir un modèle largement repris, permettant de surmonter les différences entre systèmes juridiques afin de résoudre les différends familiaux transfrontières. Au vu du succès rencontré par la première conférence judiciaire, une seconde édition a eu lieu en 2006, puis une troisième en 2009, chacune de ces conférences ayant débouché sur l'adoption d'une *Déclaration de Malte*. Suite à une recommandation formulée lors de la troisième conférence de Malte en 2009, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye a approuvé la constitution d'un Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte, dont l'objectif est de promouvoir l'élaboration de structures de médiation en vue de faciliter la résolution des différends familiaux transfrontières ayant trait au droit de garde ou de visite des enfants victimes d'enlèvement lorsque la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants ne s'applique pas. Un nombre restreint d'États, sélectionnés en fonction de critères démographiques et de la diversité des traditions juridiques, ont été invités à désigner un expert les représentant au sein du Groupe de travail. En 2011, le Groupe de travail a élaboré les Principes pour la mise en œuvre de **structures de médiation**, qui ont permis la désignation de points de contact centraux pour la médiation familiale internationale en Allemagne, en Australie, en France, aux États-Unis d'Amérique, au Pakistan et en Slovaquie, en vue de faciliter l'échange d'informations. D'autres points de contact sont en cours d'établissement. Ces dix dernières années, le Processus de Malte a énormément contribué à inciter les États non contractants dont les systèmes juridiques se fondent sur *la Charia* ou en sont inspirés à ratifier la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ou à y adhérer. Il a en outre renforcé la coopération en vue de résoudre les différends familiaux internationaux impliquant des enfants là où ces Conventions ne s'appliquent pas, et a contribué à une meilleure compréhension de l'approche adoptée par les différents systèmes juridiques aux fins de la résolution des affaires d'enlèvement international d'enfants et des affaires ayant trait au droit de garde ou de visite ».

32. Il est permis de se demander si la Suisse – berceau de l'*arbitrage*, interétatique et interindividuel, haut lieu de la promotion du droit international et des droits humains,

centre du *multilatéralisme* et de la *concertation* interétatique, siège européen des Nations Unies et du Comité des droits de l'enfant chargé de protéger les droits internationaux des enfants inscrits à la **Convention universelle des droits de l'enfant de 1989** – ne pourrait pas avancer l'idée de l'élaboration d'un instrument international à ce sujet, sous l'égide notamment des Nations Unies, comme l'est la Convention des Nations Unies de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales. Un tel texte pourrait prendre la forme d'un « **protocole facultatif** » de la **Convention des Nations Unies des droits de l'enfant de 1989**, administré par le **Comité des droits de l'enfant**, qui pourrait désigner les juges arbitraux sur la base des listes fournies par les États adhérents.

Il est possible que l'Organisation des Nations-Unies, qui englobe tous les États du monde, soit perçue par bien des États non adhérent à la CLaH 80 et à la CLh96, et qui ne sont souvent pas non plus États membres de la Conférence de la Haye, comme une **organisation internationale encore plus légitime** – pour servir de cadre à la concertation internationale dans ce domaine – que la Conférence de La Haye elle-même, dont l'origine et le contexte historique de création (en 1893) la situe à l'intérieur d'une phase encore **trop euro-centrique de l'histoire du monde**.

33. Et de fait le mandat dont est issu le présent rapport s'intéresse **aussi** aux enlèvements des enfants de Suisse **vers les États non contractants de la CLaH 80** (*Schlussbericht*, p. 107 s.). Car le postulat dont il tire sa source souhaite aussi connaître la situation des enlèvements des enfants qui avaient leur résidence habituelle en Suisse vers d'États non-contractants.

Le postulat de Mme Yvonne Fehri, Conseillère nationale, du 19 mars 2021 n° 20.448 comporte en effet les **passages suivants** :

« Im Falle von aus der Schweiz rechtswidrig in einen Nicht-Haager Staat entführten Kindern stellt sich die Frage, ob die Bundesbehörden alle diplomatischen und sonstigen Möglichkeiten ausschöpfen, **um die Interessen von ins Ausland entführten Schweizer Kindern im «Entführungsstaat» wahrnehmen**.

Folgenden Aspekten soll bei der Evaluation besondere Beachtung geschenkt werden:

1. Wie wird das Gesetz zur Kindsentführung umgesetzt? Was sind die Erfolge und Misserfolge?
2. Wie gestaltet **sich rechtlicher Rahmen für Kooperationen mit nicht Haager Staaten? Was wurde verbessert? Welche Fortschritte wurden erzielt? Wie gestaltet sich die Zusammenarbeit und Kooperation im konkreten Fall?**
3. Welche zusätzlichen konkreten Möglichkeiten hat das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten angewendet?

34. Or, l'absence aujourd'hui d'instruments internationaux liant la Suisse et des pays comme l'Égypte, l'Algérie ou le Liban (pour ce qui est du Liban, on l'a vu, un accord *bilatéral* existe mais celui-ci n'est pas entrée en application : v. *supra*, n° 26) **entraîne beaucoup de souffrances aux parents suisses et à leurs enfants**, bi-nationaux et bi-culturels – qui sont victimes de l'enlèvement par l'autre parent, de Suisse vers le Liban, l'Égypte, l'Algérie. Une telle absence astreint trop souvent les autorités suisses à leur dire : « **Nous ne pouvons pas faire grand-chose pour vous aider** ». Et cela provoque leur *surprise*, leur *déception*, leur *détresse*, leur *agacement*, dont le « *postulat Fehri* », et d'autres formulés bien avant lui par d'autres membres siégeant dans les Chambres fédérales se sont faits l'écho (v. les interventions parlementaires évoquées dans le « *Rapport final* » de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, 6 déc. 2005, p. 3 et 4).

Exemple 9 (suite) : Pour un cas **helvético-libanais**, et la détresse de Nour, résidente genevoise, qui a été impliquée, v. *supra*, n° 26 ; v. en particulier le passage du compte rendu fourni par la Tribune de Genève : « *Mais le Liban n'ayant pas ratifié la convention*

de La Haye sur les enlèvements d'enfants, il n'est pas tenu d'intervenir et les autorités suisses sont impuissantes ».

Exemple 10 : Pour un terrible cas **helvético-égyptien**, v. celui de Jacqueline Kummer, suisse, qui n'a retrouvé sa fille, Kadisha, suisse et égyptienne, déplacée par son père vers l'Égypte – la famille avait habité ensemble en Suisse – qu'au bout **de six ans (!)**, après avoir dépensé plus de 200 000 francs, et grâce en définitive aux échanges qu'elle a su provoquer entre le Président de la Confédération Berset et le Président égyptien Al-Sissi ; v. le reportage de la RTS, « *Jamais sans ma fille* », Mise au point, 16 oct. 2020 (disponible sur le site de la RTS).

Exemple 11 : Pour deux terribles cas **helvético-algériens**, s'agissant du *premier*, qui mettait en cause un enlèvement par la *mère*, v. le reportage de la RTS, « Kidnappés par leur mère en 2019, deux enfants retrouvent leur père » et D. Rapalli, ArcInfo, 5 août 2022. « *Le 31 octobre 2019, ses enfants ont été enlevés par leur mère et emmenés en Algérie. Après presque 3 ans de calvaire, Francesco Supino, de Sierre (VS), annonce enfin leur retour* ». S'agissant du *deuxième*, qui met en cause un enlèvement par le *père*, v. RTS, « Les enlèvements d'enfants par un de leurs parents augmentent en Suisse », 17 mars 2019, qui relate le témoignage suivant de S. Auerbach : « 'Je peux vous raconter une situation où un père a enlevé deux fillettes de bas âge en Algérie. **La mère a tout de suite compris qu'elle n'arriverait pas à les ramener en Suisse parce qu'il n'y avait pas de convention [entre l'Algérie et la Suisse]**. Elle ne pouvait pas non plus obtenir la garde en Algérie...' », explique Stephan Auerbach, médiateur au SSI Suisse : 'La mère a donc commencé des négociations et des médiations avec notre partenaire et avec la famille sur place. Les parents ont trouvé une solution très particulière : ils ont convenu que les fillettes rentreraient en alternance en Suisse et que le père garderait toujours l'une d'elles en Algérie comme **monnaie d'échange**. Pour nous, ce sont des bonnes solutions, même si elles sont très douloureuses pour la mère, parce qu'elles permettent aux enfants de garder le contact', assure Stephan Auerbach ».

35. Il semble peu contestable que **l'absence d'accords** entre la Suisse et beaucoup d'États du monde avec lesquels les Suisses et les Suissesses et les résident-e-s suisses ont des relations familiales plus ou moins durables et dont sont issus des enfants, souvent bi-nationaux, **est, en elle-même, contraire à l'intérêt de ces enfants et qu'il faut engager une réflexion sur la manière d'y remédier.**

36. Il y a lieu d'être raisonnablement optimistes quant au fait qu'un instrument du type ici envisagé, et un système de justice internationale du type ici envisagé, **devraient susciter l'intérêt** en tout cas de **certains des pays** aux yeux desquels la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants et la Convention de La Haye de 1980 sur les enlèvements internationaux d'enfants n'ont pas été suffisamment attrayantes, et ce pour les raisons – compréhensibles – que l'on a dites, et qui se recoupent en substance avec la faiblesse dénoncée de celle-ci qui en provoque trop souvent un « *dysfonctionnement* » entre les États mêmes qui ont adhéré. Cet optimisme procède de deux constats.

- (i) Le Liban, l'Égypte, l'Algérie, l'Inde, la Chine et bien d'autres pays, ont **tous adhéré à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989** et aux principes qu'elle comporte. Or celle-ci rend manifeste que tous ces États souscrivent
 - (a) au principe selon lequel, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'« **intérêt supérieur de l'enfant** doit être une considération primordiale » : **art. 3 CDE** ;
 - (b) au principe selon lequel **l'intérêt des enfants bi-nationaux est en principe de ne pas être enlevés** par un parent au détriment de l'autre sans être autorisés par l'autorité (légitime) : **art. 11 al. 1 CDE** ;

le Liban, l'Égypte, l'Algérie, l'Inde, la Chine et tous les États du monde reconnaissent un tel principe ;

Belgique au principe du devoir des États de **lutter contre de tels enlèvements** moyennant notamment la **conclusion d'accords bilatéraux et multilatéraux** : **art. 11 al. 2 DE** ;

tous ces États sont donc en principe enclins à négocier des accords internationaux à ce sujet et ils ont **accepté de contracter la quasi-obligation** de le faire ; mais encore faut-il que la *teneur* des accords qu'on leur propose et des *principes* qui y sont inscrits soient perçus comme suffisamment **équitable**s aux yeux des États appelés à devenir, en y souscrivant, « **partenaires** » et non pas *biaisés* et *déséquilibrés* en faveur d'une des deux collectivités humaines, l'une des deux cultures, l'une des deux langues, souvent des États dits « *occidentaux* », et du **parent qui est membre d'une telle collectivité**, et au détriment de l'*autre* collectivité, et du parent qui en est membre ;

- (d) au **droit des enfants**, à la suite de la séparation de leurs parents, et de l'installation sur le territoire des deux États différents, à **pouvoir continuer à avoir des contacts directs avec chacun** de leurs parents – à entretenir une résidence *principale* chez le parent gardien et une résidence *secondaire* chez l'autre parent – et avec chacune des deux familles et communautés d'appartenance et à pouvoir se déplacer **librement entre les territoires de ces deux États** : **art. 10 CDE**.
- (ii) La grande majorité des États du monde – et tous les États évoqués – ont adhéré à une autre **Convention des Nations Unies**, celle de 1958 sur la reconnaissance des décisions arbitrales, qui crée un **système multilatéral de justice internationale** administrée par des « collèges » discrets de **spécialistes** qui représentent de manière paritaire **les parties, leurs cultures, leurs langues, leur système juridique**, et pouvant être **choisis ensemble par celles-ci** : justice qui est de ce fait moins concernée par les antagonismes entre les États, et leurs autorités, qui engage moins leur souveraineté, et qui est plus directement centré sur la résolution d'un différend entre **personnes privées**.

Il semble en tout cas que nier aux enfants évoluant bi- et multinationalement le droit à un tribunal, y compris arbitral, « sur-étatique », « équidistant » de leurs parents et des collectivités nationales auxquelles ils appartiennent, intégrant la variété et la richesse de leurs origines, cultures, contextes sociaux, refuser de leur épargner les affres des procédures parallèles mono-nationales et des conflits entre l'« État de leur mère » et l'« État de leur père », c'est s'exposer — pour citer la mystérieuse dédicace du *Petit Prince de Saint-Exupéry* — à devoir tôt ou tard leur « *demander pardon* ».

III. Rapport

Le chiffre romain qui précède chacune des sections qui suivent et l'intitulé de telles sections sont tirés du questionnaire établi par l'Office fédéral de la justice et nourrissant le Cahier des charges.

Comme évoqué dans l'introduction, pour chaque groupe de questions, l'exposé se donne un mode « *quadripartit* » :

- (i) il est d'abord reproduit, pour commodité d'analyse et de lecture, le texte de la **disposition pertinente** de la LF-EEA et les **extraits du Message** à la LF-EEA (FF 2007, 2423 s.) qui s'y rapporte ;
- (ii) il est ensuite reproduit, pour commodité d'analyse et de lecture, le texte des **questions** telles qu'elles ont été formulées par l'Office fédéral de la justice ;
- (iii) est enfin exposée l'« **analyse** », qui n'hésite pas à reproduire les passages textuels des décisions jugées les plus pertinentes ;
- (iv) sont enfin, en guise de **conclusion**, et sous « **Démarches envisageables** », esquissées quelques pistes de réflexion pour une évolution ultérieure, y compris du texte même de la LF-EEA.

2. Conciliation ou médiation avant la procédure judiciaire (art. 4 LF-EEA)

Article 4 – Procédure de conciliation ou médiation

¹ L'autorité centrale peut engager une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable.

² Elle incite de manière appropriée les personnes concernées à participer à la procédure de conciliation ou à la médiation.

Extrait du Message à la LF-EEA

6.3 Procédure de conciliation ou médiation (art. 4)

« Les discordes auxquelles donnent lieu les retours d'enfants sont très pénibles pour tous les intéressés et peuvent dégénérer en procédures longues et coûteuses. Aussi est-il de première importance – ne serait-ce que pour le bien des enfants – de chercher à aboutir rapidement et durablement à un accord amiable. L'initiative peut partir de l'autorité centrale. Toutefois, dans nombre de cas, elle incombera au tribunal, dès que celui-ci aura été saisi de la demande de retour (soit par le truchement de l'autorité centrale, soit directement par le requérant; art. 8, al. 1). Il y a lieu d'attacher beaucoup de prix à ce que tous les intéressés participent activement à la recherche d'une solution amiable. L'enfant doit également être associé à ce processus. Il sera parfois difficile de motiver la partie requérante à se rendre en Suisse lorsqu'elle réside dans un État très éloigné. Outre l'effet dissuasif qu'exercent les frais de voyage élevés, la personne en cause sera aussi, bien souvent, paralysée par la crainte d'être impliquée dans une procédure pénale à la suite d'une plainte pénale déposée pour non-paiement de pensions alimentaires ou d'une accusation de mauvais traitements, etc. Pourtant, sa présence faciliterait souvent le règlement du litige, même s'il existe aujourd'hui des moyens de communication pratiques (p.ex. conférence vidéo). Dans toute la mesure du possible, il y a lieu d'élucider la cause de tels blocages (en particulier, il peut se révéler judicieux que l'autorité de poursuite pénale compétente examine l'opportunité d'accorder un sauf-conduit), voire d'octroyer une aide financière dans les situations exceptionnelles, aide qui se justifie d'autant plus que la conclusion d'un accord à l'amiable permet de réaliser une économie notable (frais judiciaires et honoraires d'avocat) ».

Questions posées

Mise en œuvre

- 2.1. Selon quels critères l'autorité centrale décide-t-elle d'organiser une médiation ou une conciliation ou de ne pas le faire ?
- 2.2. De quelle manière les personnes concernées sont-elles incitées à participer à une conciliation ou à une médiation ? Les personnes concernées sont-elles suffisamment informées sur la procédure de conciliation ou la médiation et encouragées à l'entreprendre ?
- 2.3. Dans combien de cas (en %) une médiation a-t-elle lieu ?
- 2.4. Comment l'autorité centrale fédérale engage-t-elle une procédure de conciliation ou une médiation dans le cas où un enfant se trouve en Suisse après avoir été enlevé à l'étranger ? Comment l'autorité centrale décide-t-elle qui va conduire la médiation ?
- 2.5. Le fait qu'on demande aux parents une contribution financière joue-t-il un rôle (cf. art. 14 LF-EEA) ?
- 2.6. L'enfant est-il impliqué dans une telle médiation ?

Effacité

2.7. Cette pratique s'est-elle avérée efficace pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

2.8. Y a-t-il eu davantage de solutions amiables grâce à la mise en œuvre de cette disposition ?

Analyse

1. **Aucun recours** formé devant le Tribunal fédéral n'a été fondé sur la violation de l'article 4 LF-EEA. Cela ne saurait surprendre car, d'une part, l'article 4 LF-EEA donne la *faculté* à l'Autorité centrale d'organiser une médiation sans la lui imposer, et que, d'autre part, une telle disposition ne s'adresse pas au *tribunal cantonal* dont émane la décision susceptible de former un recours donnant lieu aux décisions fédérales examinées, mais bien à **l'Autorité centrale elle-même**.

2. Sur un échantillon de **30 décisions** du Tribunal fédéral rendues entre 2010 et 2022, notamment dans des affaires délicates qui ont suscité les commentaires des spécialistes, la tentative de médiation engagée par l'Autorité centrale conformément à l'article 4 LF-EEA, et l'échec sur lequel elle s'était soldée, **sont mentionnés dans 7 décisions seulement**. Il est cependant difficile d'en extrapoler des données fiables car beaucoup de ces décisions du Tribunal fédéral rendent compte du « *Sachverhalt* » (ou « *Faits* » ou « *Fatti* ») d'une manière succincte et n'indiquent au demeurant **pas non plus** la tentative de conciliation ou de médiation que le Tribunal cantonal est, selon l'article 8 LF-EEA, censé mettre en œuvre.

3. Certains tribunaux cantonaux indiquent que la démarche de l'Autorité centrale a consisté à demander au requérant **s'il était prêt à envisager une médiation**, que celui-ci a déclaré ne pas pouvoir l'envisager **aussi longtemps que la procédure en retour est pendante**, ou ne pas pouvoir l'envisager **en Suisse** mais dans le pays de résidence de l'enfant et de la famille avant l'enlèvement, que l'Autorité centrale y a donc renoncé.

Affaire helvético-belge, Kantonsgericht des Grisons, ZK1 21 95 du 27.08.2021.

«12.2. Gemäss Art. 10 HKÜ trifft oder veranlasst die zentrale Behörde des Staates, in dem sich das Kind befindet, alle geeigneten Massnahmen, um die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken. Zu diesem Zweck oder um eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen, **kann die zentrale Behörde ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation einleiten** (Art. 4 BG-KKE). **Vorliegend bat das Bundesamt für Justiz den Gesuchsgegner, sich zu der Durchführung eines Mediationsverfahrens zu äussern**. Der Gesuchsgegner erwiderte daraufhin, er könne keine Zusage machen, solange –s - sinngemä-s - um das HKÜ gehe (act. B.21). **Der Verzicht des Bundesamtes für Justiz auf die Durchführung einer Mediation ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden** ».

Affaire helvético-israélienne, ATF, 5A_228/2023 du 26.04.2023

« Pa' l'intermédiaire d' l'Autorité central' d'Israël, A. a adressé le 13 novembre 2022 une requête en retour de ses enfants ' l'Office fédéral de la justice. La justice de paix en a été informée, son attention étant attirée sur le fait que les autorités d' l'État dans lequel un enfant avait été déplacé ne pouvaient statuer sur le fond du droit de garde avan' l'obtention' d'une décision concernant la procédure de retour d' l'enfant. A. **a décidé de ne pas ouvrir de médiation avec l'aide de l'Office fédéral de la justice** ».

3. Retour et intérêt de l'enfant (art. 5 LF-EEA)

Article 5 – Retour et intérêt de l'enfant

Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant;
- b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui;
- c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Extrait du Message à la LF-EEA

6.4 Retour et intérêt de l'enfant (art. 5)

« Afin d'assurer une application de la CLaH 80 mieux adaptée aux intérêts de l'enfant, il est nécessaire que le législateur définisse un ensemble de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable. La réglementation prévue à l'art. 5 n'est pas censée remplacer celle qui figure à l'art. 13, par. 1, let. b, CLaH 80. Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention.

Tout d'abord la let. a se réfère aux cas dans lesquels l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, notamment parce que le parent qui a introduit la demande est le seul à exercer le droit de garde ou le seul à pouvoir être investi d'une telle responsabilité, il n'y a en principe pas lieu de craindre que l'enfant soit placé dans une situation intolérable à son retour, de sorte qu'il n'y a aucune raison de refuser celui-ci. Il en va autrement lorsque, aux yeux du tribunal, il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant.

La let. b règle les cas dans lesquels l'opportunité du retour de l'enfant ne peut être appréciée que sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement. Lorsque l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a fait la demande de retour n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème de son retour dans l'Etat de provenance se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (il s'agit très souvent de la mère) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat. Si elle n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant ou parce qu'elle entretient en Suisse un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse), il peut y avoir de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents. Une telle séparation n'est tolérable que dans des cas exceptionnels et doit constituer une ultima ratio.

Second cas de figure: celui dans lequel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait raisonnablement exiger du parent ravisseur qu'il prenne soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (art. 5, let. b). Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet Etat. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, nous songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut 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 les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant. En pareille occurrence, l'enfant ne serait reconduit dans l'État 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. Or un tel aller-retour ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'État de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résultera pas pour l'enfant de situation intolérable, laquelle justifierait une décision négative de retour en vertu de l'art. 13, par. 1, let. b, CLaH 80.

La let. c se réfère au placement auprès de tiers. En effet, si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation du parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement (parce que le retour est impossible à ce dernier ou ne saurait être raisonnablement exigé de lui), il ne pourrait être exécuté dans des conditions convenables que si l'enfant pouvait être placé chez des tiers dans son État de provenance. Toutefois, une telle solution ne doit être recherchée et, partant, amener le tribunal suisse compétent à ordonner le retour de l'enfant que si le placement auprès de tiers n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette troisième condition ne peut être remplie que si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant – ce qui peut être le cas lorsqu'il entretient avec ce parent une relation conflictuelle – et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier. En tout état de cause, une telle solution ne doit être envisagée qu'à titre d'ultima ratio.

Notons encore que pour que le retour soit conforme aux intérêts de l'enfant et, notamment, pour que les conditions visées à l'art. 13 CLaH 80 soient remplies, il faut que l'autorité qui statue soit au fait de la situation qui règne dans l'État de provenance et du régime juridique qui y est en vigueur. Aussi, les parties et, en particulier, les parents ont le devoir de participer à l'établissement des faits. Leur audition en personne par le tribunal (art. 9, al. 1 et 2) revêt donc une grande importance. Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et à la coopération avec les autorités compétentes dans l'État de provenance jouent également un rôle essentiel. Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (art. 10, al. 2). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. Sous ce rapport, l'art. 10 est donc directement lié à l'application pratique de l'art. 5.

Questions posées

Mise en œuvre

3.1. L'art. 5 LF-EEA est-il effectivement pris en considération et appliqué par les tribunaux suisses ? Si oui, comment ?

3.2. Dans quelle mesure l'appréciation de l'intérêt de l'enfant est-elle prise en considération ?

Efficacité

3.3. Cette disposition s'est-elle avérée efficace pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

3.4. Cette disposition a-t-elle permis une application de l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80 plus conforme à l'intérêt de l'enfant ?

3.5. Les tribunaux suisses se penchent-ils sur les autres obligations de droit international de la Suisse qui sont pertinentes dans ce domaine (CEDH, CDE, et .) ?

Analyse

1. Il convient d'abord de rappeler le contexte dans lequel s'inscrit l'article 5 LF-EEA (I), puis de passer en revue chacune des situations visées par les lettres a), b) et c) (II à IV), d'évoquer d'autres « *situations intolérables* » (V), de dresser un bilan (VI) et de le confronter avec les éléments qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (VII).

I. Contexte entourant l'article 5 LF-EEA

2. L'article 5 LF-EEA est la disposition **la plus souvent au cœur** de la procédure de retour et, par conséquent, celle autour de laquelle les parties à une telle procédure **se livrent le plus souvent bataille** : il s'agit, dans l'écrasante majorité des cas, 1) du parent ravisseur, qui s'oppose au retour de l'enfant, et son avocate ; 2) du parent abandonné, qui requiert le retour de l'enfant, et son avocate ; 3) du curateur ou de la curatrice de l'enfant, qui est aussi souvent un-e avocate belge(e). Il n'est dès lors pas surprenant que la **majorité des recours** fondés sur la LF-EEA qui ont été formés devant le Tribunal fédéral **prennent appui sur l'article 5**.

3. L'article 5 LF-EEA aspire pour l'essentiel à concrétiser le (seul) motif de refus de retour visé par l'article 13 al. 1 **lettre b)** CLaH 80 1980, qu'il évoque expressément. **Ne sont pas couverts** par l'article 5 LF-EEA les motifs justifiant le refus de retour prévus par d'autres dispositions de la CLaH 80. Les décisions cantonales et fédérales – ou les passages des décisions cantonales et fédérales – qui se rapportent à ces autres dispositions **tombent par conséquent en dehors de la présente analyse**. Il s'agit des dispositions suivantes :

- (i) **article 13 al. 1 lettre a)** CLaH 80 au sujet du non exercice effectif du droit de garde par la personne, l'organisme ou l'institution qui avait le soin de l'enfant, d'une part, et, d'autre part, du consentement ou de l'acquiescement au déplacement ou au non-retour par ce lui-ci ;
- (ii) **article 12 al. 2** CLaH 80 qui concerne la demande de retour formée après l'écoulement du délai d'un an lorsque l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ;
- (iii) **article 13 al. 2** CLaH 80 se rapportant à l'opposition au retour de l'enfant qui est capable de discernement (au sujet duquel, v. conclusions *infra*, ad art. 9 LF-EEA, ° 34) ;
- (iv) **article 20** CLaH 80 aux termes duquel le retour n'est pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

4. Le Tribunal fédéral examine et met en œuvre l'article 5 LF-EEA **dans le cadre de l'analyse et de la mise en œuvre de l'article 13 al. 1 lit b)** CLaH 80. Autrement dit, le Tribunal fédéral

- (i) commence volontiers par **exposer l'article 13 al. 1 lit b)** CLaH 80 pour ensuite évoquer l'article 5 LF-EEA et les précisions qu'il a porte ;
- (ii) rappelle que les conditions posés à l'article 5 LF-EEA **n'ont pour objet que de clarifier** les dispositions de la CLaH 80, et notamment l'article 13 al. 1 lit b), **et non pas de se substituer à elles** ;
- (iii) rappelle aussi que les trois conditions énoncées aux lettres a), b), c) de l'article 5 LF-EEA **sont cumulatives** ;
- (iv) rappelle enfin qu'il s'agit d'une énumération **exemplative** non pas exhaustive, même si les cas de figure évoqués par ces dispositions **sont « essentiels »**.

Voici un échantillon des énonciations dont il vient d'être question :

Affaire helvético-britannique 5A_643/2020 du 11.09.2020 cons. 5.1.2.1

« Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA **n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles**. Le terme « notamment » signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – **n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention** (Message précité, FF 2007 p. 2433, ° 6.4 ; arrêt 5A_936/2016 précité, *ibid.*) ».

Affaire italo-suisse 5°_96/2022 du 21.03.2022 cons. 5 ss.

« **Il legislatore non ha inteso sostituire la disposizione convenzionale, ma ne ha unicamente precisato l'applicazione, chiarendo** in quali casi non deve essere ordinato il ritorno del minore per non porlo in una situazione manifestamente intollerabile (Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2399 n. 6.4; sent^{enza} 5A_643/202¹ dell'11 settembre 2020 consid. 5.1.2.1) ».

Affaire helvético-se°be, 5A_583/2009 du 10.11.2009 cons. 4 ss.

« In virt' dell'art. 5 LF-RMA il ritorno mette il minore in una situazione intollerabile ai sens' dell'appena menzionato dettame convenzionale se il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (Lett. a); se 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 ragionevolmente essere preteso da lui (Lett. b); e se il collocamento presso terzi non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (Lett. c). Con questa norma, **i cui tre presupposti sono da intendere in senso cumulativo** (v. il suo tenore francese e Monique Jametti Greiner, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 2008, pag. 299)... ».

5. En précisant le cadre fourni à l'article 13 al. 1 CLaH 80, dans lequel s'inscrit l'article 5 LF-EEA, le Tribunal fédéral prend souvent soin de rappeler également les quelques éléments suivants.

- (i) L'analyse qui incombe au tribunal suisse compétent pour statuer sur une requête en retour de l'enfant **n'a pas pour objet de statuer sur la question « matérielle » de la garde de l'enfant**, c'est-à-dire d'attribuer le droit de garde à tel ou tel parent et **fixer le lieu de résidence de l'enfant** (Suisse ou France ? Suisse ou Mexique ? Suisse ou Thaïlande ? Suisse ou Angleterre ? etc.). Dans le système de la Convention de La Haye de 1980 – complété par la Convention de La Haye de 1996 – une telle évaluation revient aux autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant antérieure à l'enlèvement. Autrement dit, **l'appréciation de l'intérêt de l'enfant** sous l'angle de la fixation du lieu de résidence principale de l'enfant, de l'attribution

de la garde et des droits de visite, **revient en principe au tribunal de l'État où l'enfant avait sa résidence habituelle antérieure à l'enlèvement.** Un tel rappel se trouve par exemple dans les passages suivants :

Affaire helvético-sudafricaine 5A_840/2011 du 13.01.2012 cons. 3.

« Sodann geht es im Rückführungsverfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen, **wie sie für die Zuteilung des Sorgerechts massgebend sind, namentlich bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung des Kindes besser geeignet wäre** (BGE 131 III 334 E. 5.3 S. 341; 133 III 146 E. 2.4 S. 149); **der Entscheid darüber ist nach dem System des HKÜ dem Sachrichter des Herkunftsstaates vorbehalten** (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ) ».

Affaire franco-suisse 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.

« Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, **dès lors que la CL'H80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui.** La décision à ce sujet **revient au juge du fait de l'État de provenance** et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une **décision future à ce propos** ».

Affaire italo-suisse 5A_305/2017 du 19.05.2017 cons. 6.3.

' En l'occurrence, en tant que la recourante souligne ses capacités éducatives et critique celles du-père - singulièrement en dénonçant sa prétendue violence -, force est de constater que cet aspect est dénué de pertinence dans le contexte de la CLaH80 **dont le but n'est pas de statuer au fond sur le sort des mineurs, mais de rendre possible une décision des autorités du pays de provenance à ce sujet...** ».

Affaire helvético-britannique 5A_936/2016 du 30.01.2017 cons. 6.3 ss

« Dans la logique de la CLaH80, la **décision d'attribution de la garde des enfants, subsidiairement de leur placement en institution, ressort de la compétence des autorités britanniques et exède l'examen auquel la Suisse est tenue de se livrer** (cf. supra consid. 4.1.2). Quoi qu'il en soit, un tel placement - si la mère décidait de ne pas rentrer en Grande-Bretagne avec ses filles et que le père devrait être jugé, par les autorités anglaises, incapable d'assumer la garde de celles-ci - **n'expose au demeurant pas les mineurs à un danger grave pour leur développement.** Ainsi, seul le facteur de stabilité retrouvée après avoir été confrontées à des épisodes de violence répétés, serait de nature à remettre en question l'exigence de l'exception prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, mais il apparaît qu'en réalité l'ordre de retour ne serait pas la cause de cette mise en péril de la situation des filles, mais uniquement un nouveau changement de régime de garde et droit de visite imputable au refus infondé de la Mère de rentrer en Angleterre. **Or, encore une fois, d'une part il n'appartient pas à la juridiction suisse de statuer sur les questions de garde et de droit aux relations personnelles** et d'autre part, seul le retour des mineurs doit être jugé intolérable pour être pris en compte à titre d'exception au retour ».

Il s'ensuit que, même si le tribunal suisse, s'il était compétent pour statuer sur lieu de résidence de l'enfant, et sur la garde, dans des situations du type dont il était question dans l'affaire **italo-suisse** de 2014 (ATF 5A_880/2013, du 16.1.2014), l'affaire **helvético-mexicaine** de 2015 (v. not. ATF 5A_539/2015 du 10.07.2015), l'affaire **helvético-anglaise** de 2016-2017 (ATF 5A_936/2016, 30.1.2017, ATF 23.3.2017, 5F_9/2017) pour n'en citer que ces trois affaires, qui ont suscité la controverse, il irait :

- dans l'affaire *italo-suisse* : « je pense qu'il est plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il puisse vivre à titre principal avec sa mère en Suisse » ;
- dans l'affaire *helvético-mexicaine* : « je pense qu'il est plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il puisse vivre à titre principal en Suisse avec son père plutôt qu'avec sa mère au Mexique » ;
- dans l'affaire *helvético-anglaise* : « je pense qu'il est plus conforme à l'intérêt de cet enfant qu'il puisse vivre à titre principal avec sa mère en Suisse plutôt qu'avec sa mère en Angleterre » ,

le fait est qu'il n'appartient en principe pas, dans ces situations, **au tribunal suisse** – pas plus qu'au Tribunal fédéral – **d'apprécier l'intérêt de l'enfant quant à son lieu de résidence, et à l'attribution de la garde.** Une telle tâche, et un tel pouvoir, **revient, dans ces espèces, respectivement au tribunal anglais, au tribunal italien, au tribunal mexicain.** C'est *a priori* une **obligation** internationale de la Suisse, et des autorités judiciaires suisses, dont la violation est *a priori* susceptible d'engager la responsabilité internationale de la Suisse, que de **s'abstenir d'opposer leur propre appréciation de l'intérêt de l'enfant** à celle des autorités de l'autre État partenaire co-intéressé et de permettre aux autorités de cet État partenaire d'exercer leur **droit** de fixer elles-mêmes le lieu principal de résidence de l'enfant et de statuer sur la garde.

Comme évoqué plus haut (II, n° 4), l'idée de la Convention de La Haye de 1980, et plus clairement encore l'idée de la Convention de La Haye de 1996 (dont les principes sont applicables par les autorités suisses en principe à l'égard également des États non-contractants, tels le Mexique : art. 85 al. 1 LDIP) est que : 1) il faut épargner à l'enfant un « **conflit entre systèmes juridiques** » des États concernés (v. préambule de la CLaH 80 1996, ci-dessous reproduit) ; 2) il faut épargner à l'enfant (qui, quant à ses rattachements, est italo-suisse, helvético-anglais, helvético-mexicain, etc.) une situation où les deux États co-intéressés dont il est en quelque sorte l'« enfant » (ne dit-on : « *enfant du pays* » ? eh bien, ces enfants sont « *enfants des deux pays* ») sont chacun libre de décider ce qui est conforme à son intérêt, car cela aboutirait à **un conflit d'appréciations sur l'intérêt du même enfant** et à un **conflit de décisions** sur l'endroit où cet enfant devrait vivre à titre principal et/ou sur l'identité du parent gardien, qui résulterait de ce que, par exemple, dans l'affaire helvético-britannique citée, le tribunal anglais irait : « *Cet enfant restera en Angleterre !* » et le tribunal suisse irait : « *NON, cet enfant vivra en Suisse !* ». Un tel **conflit entre États** au sujet de la meilleure manière de trancher un **conflit entre parents** risque de créer une anarchie internationale au sujet du régime applicable à cette famille, et une telle anarchie est précisément contraire à l'intérêt de l'enfant, tout autant que l'est le **conflit entre les parents, lequel risque alors d'être juridiquement irrésolu**, et de violer différentes dispositions de la Convention universelle sur les droits de l'enfant de 1989 (v. *supra*, II n° 4 s).

Convention HCCH Protection des enfants de 1996, CLaH96

Préambule

« Les États signataires de la présente Convention,

considérant qu'il convient de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international,

désirant **éviter des conflits entre leurs systèmes juridiques** en matière de compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution des mesures de protection des enfants... »

Article 7

« 1. En cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les **autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence**...[c'est-à-dire : **en cas d'enlèvement, la compétence à statuer sur la responsabilité parentale continue à revenir aux autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement**]

3. Tant que les autorités mentionnées au par. 1 conservent leur compétence, les autorités de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent prendre que les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'art. 11 ».

- (ii) Le Tribunal fédéral rappelle aussi, et par conséquent, que les exceptions prévues à l'article 13 al. 1 lit b) de la CLaH 80 – et précisées par l'article 5 LF-EEA – doivent être **interprétées de manière restrictive** (ce que la CEDH a reconnu à plusieurs reprises : *Mamousseau, Rouiller, X. Lettonie*, entre autres : v. *infra*, n° 51 et 55), et que seuls des « **risques graves** » (comme l'énonce l'art. 13 al. 1 lit b) CLaH 80) doivent être pris en considération. Une interprétation trop large, qui conduirait à refuser trop souvent le retour de l'enfant, aboutirait à priver la Convention de son « effet utile », à diminuer **son efficacité dissuasive**, et à faire augmenter le nombre d'enfants qui sont illégalement déplacés par un parent, ce qui est *a priori contraire* à leurs intérêts.

Affaire franco-suisse, 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.)

« Seuls des **risques graves** doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de **statuer au fond sur le sort de l'enfant**, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui. La décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une **décision future à ce propos** ».

Comme l'observe le Professeur Bucher :

« une **certaine rigueur est en effet incontournable** si l'on ne veut pas transformer le conflit en un **litige sur le fond du droit de garde, ce que la Convention ne permet pas** (art. 16) et la **priverait d'ailleurs de son effet utile**. L'art. 5 LF-EEA n'a pas pour but de s'en écarter » (A. Bucher, CR, mise à jour, ad art. 85 LDIP, 1.3.2023, 264n).

- (iii) Il est parfois ajouté le principe, déjà développé antérieurement à l'entrée en vigueur de la LF-EEA, selon lequel le « **parent ravisseur ne peut tirer profit de son comportement illégal** ».

Affaire franco-suisse 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.)

« 5. Les exceptions au retour prévu's à l'art. 13 de la CLaH80 **doivent être interprétées de manière restrictive**, le parent ravisseur ne **devant tirer aucun avantage de son comportement illégal** (arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1 in: FamPra.ch 2011 p. 505; 5A_288/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1 in: FamPra.ch 2008 p. 213) ».

Affaire helvético-britannique, ATF 5A_936/2016, du 30.01.2017

« Les exceptions au retour prévu's à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive, **le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal** (arrêt de la Cour EDH du 22 juillet 2014, Rouiller contre Suisse, n° 3592/08, § 67; arrêts 5A_709/2016 du 30 novembre 2016 consi d. 5.2; 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.1.3; 5A_479/2012 du 13 juillet 2012

consid. 5.1, publié in PJA 2012 p. 1630 et in SJ 2013 I p. 29; 5A_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1, publié in PJA 2007 p. 1585) ».

Ce passage a été critiqué par certains auteurs. Le Professeur Bucher a notamment écrit comm suit :

« *La jurisprudence de la CEDH, notamment l'arrêt Neulinger (cf. no __153, __251), ne laisse plus aucune place pour faire de la Convention de La Haye un instrument tendant à sanctionner les mères à l'origine d'un enlèvement, comme le pense le Tribunal fédéral* » (Commentaire romand, ad Art. 85 LDIP, mise à jour, 9.7.2023, n° 257n).

On peut en effet se demander **si ce passage des motifs des décisions du Tribunal fédéral doit nécessairement faire partie de l'analyse**, en tout cas s'il y **apporte encore aujourd'hui quelque chose d'utile**. Le principe semble être désormais bien implanté dans la jurisprudence suisse selon lequel que l'exposition à des poursuites pénales pour enlèvement dans l'État d'origine autoriserait le parent ravisseur à échapper à l'obligation de retour et, par conséquent, et en quelque sorte, à tirer profit de cet acte en principe illicite (v. *infra*, n° 8).

II. Lit a) « **Le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant** »

6. Au sujet de la mise en œuvre de la disposition sous la lit a) de l'article 5 LF-EEA, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de développer une série de principes.

- (i) Lorsque le parent requérant a pu se livrer à des **abus sexuels ou de la maltraitance physique et physique** – y compris résultant de son instabilité psychologique – ou de **négligence grave**, il semble évident que le placement de l'enfant auprès de lui n'est manifestement pas dans son intérêt. On peut ajouter également le fait qu'une autre personne du foyer – *beau-père* ou *belle-mère* – se livre ou puisse se livrer, en cas de retour, à de tels abus et à de telles maltraitements.

Citons à ce sujet une décision toute récente du **Tribunal cantonal de Fribourg, du 8 mai 2023**, rendue dans une **affaire helvético-belge** (10220/2351). Le nouveau mari de la mère – beau-père des enfants – s'était rendu coupable de maltraitance à l'égard des enfants et avait été condamné par la justice pénale belge. La justice civile ayant attribué la garde des enfants au père. Celui-ci s'était déplacé de Belgique vers la Suisse avec les enfants. Le « placement » des enfants auprès de la mère, parent requérant, au sens de l'article 5 lit a) LF-EEA n'est, dans des cas de ce type, manifestement pas dans l'intérêt des enfants, comme le Tribunal cantonal de Fribourg a promptement reconnu.

La tendance à la **démonisation réciproque** des parents qui se livrent à une guerre internationale autour de la garde étant un fait, regrettable, et contraire à l'intérêt des enfants (v. *supra*, III, n° 9, (iii)), les allégations par le parent ravisseur de violence et de maltraitance qui auraient été commises par le parent requérant sont **évaluées avec prudence par les tribunaux cantonaux**, et par le **Tribunal fédéral lui-même**, qui s'appuient volontiers, pour statuer sur la véracité de telles allégations sur (a) des décisions rendues par les autorités pénales étrangères ; (b) sur des éléments crédibles résultant de la procédure pénale pendante à l'étranger ; (c) sur les rapports médicaux et les évaluations sociales des services de protection de mineurs.

Dans une **affaire helvético-franco-thaïlandaise**, qui a donné lieu à trois décisions du Tribunal fédéral et à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (v. *infra*, n° 56), le Tribunal fédéral avait, lors de la première décision, constaté, d'une part, que les allégations de violence - qui, si celle-ci était avérée, auraient à coup sûr conduit à tenir la condition sous la lettre a) art. 5 LF-EEA pour réalisée - ne pouvaient pas être exclues, mais qu'il fallait, d'autre part, vérifier

ensuite si les conditions sous les lettres b) ou c) l'étaient à leur tour, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire au tribunal cantonal (ATF 5A_162/2019 du 24.04.2019).

- (ii) Les **antécédents judiciaires et l'alcoolisme** du parent requérant, **et sa consommation de stupéfiants**, peuvent aussi conduire à retenir que le placement auprès de celui-ci n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant selon l'art. 5 lit a) LF-EEA.

Affaire helvético-roumaine : 5A_558/2016 du 13.09.2016 cons. 7.2.1

« 7.2.2. L'état de fait de la décision entreprise **laisse apparaître que le père a des antécédents judiciaires, consomme fréquemment de l'alcool et des stupéfiants**, a une prédisposition au scandale, et a manifesté de la violence verbale et physique à l'encontre de son ex-femme. Il ressort aussi des faits que le tribunal de première instance roumain a exposé que, à la suite du traumatisme crânien subi en avril 2015, le père n'était plus à même de prendre soin de sa fille. Au vu de ces constatations, il y a lieu de s'interroger sur l'aptitude du père à prendre soin de sa fille, sans mettre l'intérêt et le bien-être de celle-ci, autrement dit, sans créer un risque concret et grave pour le développement de l'enfant. A tout le moins la **réalisation de cette exception n'est-elle pas d'emblée exclue.** ».

- (iii) Lorsque le parent requérant n'a jamais été la personne principale de référence et qu'il n'a, de surcroît, eu qu'un **contact sporadique avec l'enfant** – contact qui a été tel cependant qu'on ne puisse pas conclure au non-exercice du droit de garde, motif autonome de refus selon l'article 13 al. 1 lit a) CLaH 80 –, alors que le parent ravisseur s'en est occupé de **manière largement prépondérante**, on peut penser que le placement auprès du parent requérant est susceptible d'être « manifestement contraire à son intérêt » selon l'art. 5 lit a) LF-EEA. L'appréciation dépendra d'un **certain nombre de facteurs** (âge de l'enfant, qualité relationnelle respective avec les deux parents, etc.) et pourra inévitablement susciter le **désaccord**.

Dans une affaire **franco-suisse** récente, la mère avait déplacé l'enfant de Thonon-les-Bains à Lausanne, où elle avait trouvé un emploi, sans l'autorisation du père, qui habitait Thonon-les-Bains, où l'enfant résidait avant ce déplacement en principe illicite.

Saisi par le père, le **juge français de Thonon-les-Bains**, constatant l'acte illicite de la mère, avait, en tout cas provisoirement, confié la garde au père. Pour le juge français, le placement de l'enfant chez le père n'était semble-t-il pas « *manifestement contraire à son intérêt* », à défaut il n'aurait pas ordonné ; le **Code civil français lui impose de statuer, même à titre de mesures provisoires, de manière conforme à l'intérêt de l'enfant**, comme il ressort des dispositions suivantes :

Art. 371-1 du Code civil français

L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Art. 373-2-1

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Pour le Tribunal cantonal de Lausanne, il en allait autrement :

« La cour cantonale a estimé que le retour de C. en France lui serait hautement préjudiciable. Elle a d'abord relevé que le lien unissant C. **à son père était ténu, voire inexistant, et restait à être construit** : les parties s'étaient séparées peu avant, voire juste après la naissance de leur fille et admettaient qu'initialement, le recourant n'exerçait son droit de visite qu'à raison d'une heure par semaine, un dimanche sur deux et au domicile de l'intimée, en sorte qu'il fallait en déduire que celle-ci était la figure

d'attachement et le parent de référence de la fillette; le droit de visite convenu entre les parties et ratifié par le jugement français du 21 septembre 2021 n'avait guère été exercé, l'enfant n'ayant finalement passé que quelques heures d'affilée auprès de son père, et les contacts avaient cessé depuis le mois de mars 2022 » (passage tiré de l'ATF 5A_850/2022 du 01.12.2022 cons. 3.2.2).

- (iv) Particulièrement délicate est la situation, de plus en plus récurrente (et c'est bien sûr une bonne chose pour les enfants, et – est-il permis de penser – pour la collectivité en général), où le parent requérant **n'a pas été la personne principale de référence de l'enfant**, mais qu'il a été **une personne de référence**, car il s'en est souvent occupé en faisant montre de **bonnes aptitudes parentales, de bonnes capacités éducatives**, y compris après la séparation, **à titre de droit de visite en l'accueillant régulièrement chez lui ou chez elle** pendant les week-ends, les vacances, etc.

Il semble que, dans de telles situations, on ne puisse pas *a priori* retenir que le placement chez ce parent soit manifestement contraire à son intérêt (sauf pour les enfants en bas-âge : v. la suite de ce paragraphe).

Voici la manière dont le Professeur Bucher **résume** – en l'approuvant semble-t-il sur ce point – la position dominante de la jurisprudence suisse à ce sujet :

« Si 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** (cf. ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.4). Si l'hébergement auprès du requérant ne heurte pas manifestement l'intérêt de l'enfant, un tel retour est en principe tolérable pour lui, **dans l'attente d'une décision définitive sur l'attribution de la garde** (ATF 31.7.2018, 5A_576/2018, c. 5). (A. Bucher, Commentaire romand, mise à jour, 9.7.2023, ad art. 85, n° 263n).

L'éventail de cas de figure à ce sujet est cependant considérable et **peu susceptible de schématisation**.

- (v) Il s'ensuit que, pour la jurisprudence, « **le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne [principale] de référence** », et que, par conséquent, cette « **séparation... ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour** » ; « **le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non le parent ravisseur** » ; « **dès lors, l'enfant devra également supporter la séparation du parent auteur de l'enlèvement si ce dernier tient à ne pas le suivre lors de son retour** ».

Affaire franco-suisse, 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.

« 5.1.2 Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que **le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents**. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3) ».

Affaire helvético-grecque : 5A_121/2018 du 23.05.2018 cons. 5.3.

« 5.3. ... En ce qui concerne la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3) ».

Ces **passages** ont pu parfois être critiqués en tant que **peu compatibles avec l'art. 5 LF-EEA**. On peut en effet se demander s'ils **sont opportuns** en raison de l'ambiguïté qu'ils soulèvent, et dont une lecture superficielle peut faire croire que, notamment, « *Le Tribunal fédéral veut séparer les enfants de 3 ans de leur mère !* ».

- (a) Ces passages ne paraissent pas incompatibles **avec la lettre a)** de l'article 5 LF-EEA qui, en substance, permet le retour de l'enfant lorsque le parent requérant peut le prendre en charge, y compris temporairement (v. passage plus haut, de la plume du Professeur Bucher : *supra*, (iv), alors même (1) qu'il n'a pas été le parent *principal* de référence et (2) que le parent principal de référence ne peut, lui, retourner avec l'enfant dans l'État d'origine ou qu'on ne saurait exiger qu'il le fasse selon la lettre b) de l'art. 5 LF-EEA. Les conditions sous a), b) et c) sont, en effet, **cumulatives** et seule leur **réunion simultanée** constitue une exception au sens de l'article 13 al. 1 lit b).
 - (b) Il incombe aux tribunaux de l'État co-intéressé de trancher de manière définitive sur la question de savoir si **l'enfant doit rester avec le parent requérant ou s'il peut déménager avec le parent ravisseur, qui a été le parent principal de référence**.
 - (c) Dans bon nombre de cas, il n'est pas déraisonnable de penser que le parent ravisseur, parent principal de référence, **pourrait accompagner l'enfant dans l'État co-intéressé** – où il a habité lui aussi, parfois au cours de plusieurs années, parfois dont il est lui aussi originaire, comme dans l'affaire franco-suisse dont il a été question (v. *supra*, (vii) – et y rester **temporairement**, pour que la procédure concernant la garde puisse avoir lieu et pour en connaître l'aboutissement.
- (vi) En pareil cas, selon le Tribunal fédéral, « ***le retour même de très jeunes enfants peut être ordonné, malgré le refus de la mère de les accompagner*** ».
- Cette phrase provient de la plume du Professeur Bucher, qui évoque les affaires suivantes : « ATF 15.11.2005, 5P.367/2005, c. 8 ; ATF 4.2.2011, 5A_913/2010, c. 5.3 ; de même, pour des enfants de sept ans : ATF 28.4.2014, 5A_246/2014, c. 2 et 3, de huit ans : ATF 24.9.2015, 5A_617/2015, c. 3, de cinq et neuf ans : ATF cité du 21.3.2022, 5A_96/2022, c. 5.1, ou de dix ans : ATF 2.8.2022, 5A_518/2022, c. 3) » (A. Bucher, Commentaire romand, mise à jour, 9.7.2023, ad art. 85, n° 263n).
- (vii) Toutefois, « ***il en va autrement pour les nourrissons et les... enfants au moins jusqu'à l'âge de deux ans*** ; dans ce cas, la séparation d'avec la mère constitue dans tous les cas une **situation intolérable** ». Ce principe est constamment répété par la jurisprudence.

Affaire franco-suisse 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.)

« **Toutefois, il en va autrement pour les nourrissons; dans ce cas, la séparation d'avec la mère constitue dans tous les cas une situation intolérable.** Le Tribunal fédéral a considéré qu'il en va de même pour un enfant **âgé d'à peine 2 ans**, qui avait été jusqu'alors pris en charge par la mère et avait à peine vu son père, raison pour laquelle le retour de l'enfant dépendait de celui de la mère (arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2011 p. 505; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié in FamPra.ch 2009 p. 791) ».

Affaire franco-suisse, 5A_584/2014 du 03.09.2014 cons. 6.2.2 ss)

« 6.3.2. Quant à l'exception de l'art. 13 al.1 let. b CLaH80 au motif que le retour dans le pays de provenance est intolérable, cette condition n'est satisfaite que lorsqu'il existe un risque grave que ce retour ne place l'enfant dans une situation

intolérable. **En l'espèce, il n'est pas litigieux que l'enfant, aujourd'hui âgée de neuf mois, ne doit pas être séparé de sa mère** (cf. supra consid. 6.2.2 ».

7. Le Professeur Bucher a pu écrire à l'égard de la jurisprudence évoquée notamment sous (vi) et (vii) qu'elle

« est liée à la thèse que de tels enfants vivraient encore en référence à une personne (la mère), tandis que les enfants plus âgés seraient davantage reliés à leur environnement (cf. ATF cité du 16.4.2009, c. 3.4 ; Möckli, RDS 2017 II p. 281, 282, 299) ; **on reconnaît la simplification excessive du raisonnement, présenté sans aucune explication et sans rapport aucun avec le bien de l'enfant dans le cas particulier**. Il est dit qu'un enfant de **trois ans** pourrait être séparé de sa mère **sans qu'une telle mesure ne soit en principe constitutive d'un danger grave pour lui** ; aucune nuance tenant compte du bien de l'enfant n'y est ajoutée (cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3) » (A. Bucher, mise à jour, 9.7.2023, n° 268b n).

8. Maître Sandor Horvath, avocat spécialisée en droit de la famille, établi à Lucerne, s'est lui aussi prononcé de manière critique :

« Das Bundesgericht unterscheidet, je nach Alter des betroffenen Kindes, zwischen personenbezogenen und ortsbezogenen Kindern. Kleinkinder seien demnach noch eher personenbezogen und wenig ortsbezogen; bei älteren Kindern sei es umgekehrt. Daraus müsste man m.E. schliessen, dass bei Kleinkindern auch auf die Situation der Hauptbezugsperson und bei älteren Kindern auf deren Ortsbezogenheit und ihren diesbezüglichen Willen abzustellen sei. Dem ist nicht so: Nur bei Säuglingen erachtet das Bundesgericht eine Trennung von der Mutter als unzumutbar. **Die Trennung von der Hauptbezugsperson wird vom Bundesgericht auch bei Kleinkindern hingenommen**, wobei das Bundesgericht stets davon ausgeht, dass die Verantwortung für eine allfällige Trennung nicht jene Person trägt, welche die Rückführung des Kindes beantragt, sondern immer jene, welche das Kind widerrechtlich ins Ausland verbracht hat, ohne die Motive eines solchen Verbringens in Betracht zu ziehen. Das Bundesgericht erachtet die zwangsweise Rückführung als einen generalpräventiven Akt und verkennt dabei, dass **eine mit ihren Kindern von Gewalt fliehende Mutter sich wohl kaum je im Voraus mit den Konsequenzen ihres Handelns befasst**. Das Bundesgericht argumentiert, der Entführer dürfe aus der Entführung keinen Vorteil ziehen und hebelt damit implizit Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ aus » (Sandor Horvath, Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1010).

9. Il faut bien reconnaître que séparer un enfant de trois, quatre, ou cinq ans de sa mère, si celle-ci a depuis la naissance été le parent principal de référence, est bien souvent susceptible d'entraîner un **traumatisme pour l'enfant**. Mais l'analyse des décisions fédérales suggère que, si les tribunaux suisses ordonnent le retour de l'enfant, c'est qu'ils considèrent, que compte tenu des circonstances, et après avoir constaté **qu'aucune des situations sous la lettre b) n'est réalisée, il n'est pas déraisonnable de demander à la mère de retourner avec l'enfant**, de manière d'abord *temporaire*, vers l'Etat partenaire, notamment **en vue de participer à la procédure qui, selon le système multilatéral édifié par les CLaH 80 et 96**, devrait s'y dérouler, et visant à déterminer quel sera le lieu de résidence de l'enfant et à statuer sur son éventuelle requête de domiciliation en Suisse. L'analyse se porte donc sur la **lettre b)** de l'article 5 LF-EEA.

III. Lit b) « Le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui »

10. La condition sous b) est **peut-être la plus délicate**. Il faut distinguer deux cas de figure, qui ont toutefois tendance à **se recouper** : la situation où le parent ravisseur n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État partenaire (1), la situation où, même

si une telle possibilité existait *théoriquement*, on ne peut manifestement pas exiger du parent ravisseur qu'il en tire profit (2).

1. Le parent ravisseur n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État partenaire

11. La pratique a révélé deux *sous-situations* critiques : le parent ravisseur fera face à des **poursuites pénales** pour enlèvement dans l'État de la résidence habituelle (a), ou risque de ne pas ou plus pouvoir **séjourner légalement** sur le territoire de cet État (b).

a) Le parent ravisseur fera face à des poursuites pénales pour enlèvement

12. C'est une situation invoquée par le Message :

« Si elle [= *la personne qui a enlevé l'enfant*] n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, **elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant...** ».

13. Voici ce qu'on lit à ce sujet dans les motifs de décisions du Tribunal fédéral :

- (i) le simple « **risque de poursuites pénales que [le parent ravisseur] pourrait encourir n'est pas suffisant, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier qu'elle serait indubitablement exposée à une mise en détention** ».

Affaire helvético-serbe, ATF 10.11.2009 in SJ 2010 I p. 151 ss.

« S'il est vrai que le dossier n'établit pas avec certitude l'absence de toute poursuite, **il n'en demeure pas moins que la recourante n'a jamais prétendu qu'une procédure pénale serait pendante à son égard, ni produit le moindre indice dans ce sens. Étant donné que c'est à la partie qui s'oppose au retour qu'il incombe de prouver les faits à l'appui de son opposition, le doute qui pourrait subsister à propos d'un éventuel risque pénal ne suffit pas à empêcher le retour de l'enfant.** On peut ajouter qu'à teneur de l'art. 2 CLaH 80, les États contractants s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. Or, dans un cas comme celui d'espèce, la menace d'une peine privative de liberté à subir par le parent ravisseur constituerait un obstacle au retour du mineur et serait donc contraire aux objectifs conventionnels. Un Etat qui menacerait d'emprisonnement le parent codétenteur de l'autorité parentale parti à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent s'exposerait à ce que ses demandes de retour soient refusées dans de nombreux cas ».

Affaire franco-suisse, 5A_584/2014 du 03.09.2014 cons. 6.2.2 s.

« 6.3.2. Le risque de poursuites pénales qu'elle encourt n'est au demeurant pas suffisant, il ne ressort pas du dossier qu'elle serait exposée à une mise en détention ».

Affaire helvético-britannique, 5A_936/2016 du 30.01.2017 cons. 6.3 s.

« 6.3.2. En l'espèce, s'agissant de la séparation de la mère et des enfants, les deux mineures concernées sont aujourd'hui respectivement âgées de trois ans et quatre ans et demi, en sorte qu'elles pourraient, au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. *supra* consid. 6.3.1), être séparées de leur mère. Cela étant, en tant que la mère se limite à faire part de son souhait de ne pas rentrer en Grande-Bretagne, elle n'établit pas qu'elle se trouverait dans un cas objectif d'impossibilité de rentrer en Angleterre. **En particulier, le risque de poursuites pénales qu'elle pourrait encourir n'est pas suffisant, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier qu'elle serait indubitablement exposée à une mise en détention et que le père a déclaré ne pas avoir entrepris de démarches allant dans ce sens auprès des autorités pénales** ».

Ce caractère « indubitable » de la **mise en détention** qui attend le parent ravisseur au retour dans le pays d'origine ne semble pas être toujours **nécessaire**. Ainsi dans une décision récente, rendue dans l'affaire franco-suisse déjà plusieurs fois citées, le Tribunal cantonal de Vaud avait décidé qu'un retour de l'enfant vers la France voisine n'était pas envisageable, entre autres choses, du fait que sa mère, parent ravisseur, y était exposée à des poursuites, « *dont il n'était pas contesté qu'elles **pourraient [il n'y avait pas de certitude ; rien à ce sujet n'était donc « indubitable »]** entraîner sa mise en détention et son arrestation* ». Pour s'en assurer, le Tribunal fédéral va jusqu'à étudier en détail les dispositions du Code pénal français :

Affaire franco-suisse, ATF 5A_850/2022 du 01.12.2022 cons. 3.2.4.1).

« Cette problématique pourrait assurément être atténuée en supposant que l'intimée puisse raccompagner C. en France: **l'on ne saurait cependant l'exiger d'elle, vu les plaintes pénales dirigées à son encontre** par le recourant pour non représentation d'enfant et le risque de détention qu'elles impliquent (cf. let. A.f et A.h supra). Selon l'art. 227-5 du code pénal français, le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est en effet puni d'un an d'emprisonnement et de 15'000 euros d'amende, voire de **trois ans et de 45'000 euros** lorsque l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République (art. 227-9 du code pénal français). **Certes l'on ignore si une instruction a été ouverte suite aux démarches du recourant et, dans l'affirmative, son avancement**; il n'en demeure pas moins que les dispositions légales précitées suffisent à retenir que l'intimée **risque à n'en pas douter l'incarcération en cas de retour en France** - et non pas la seule ouverture d'une procédure pénale à son encontre selon l'ATF 130 III 550 auquel le recourant fait référence -; la rupture avec l'enfant serait ainsi inévitable...».

C'est donc le « *risque d'incarcération* » qui existe « *à n'en pas douter* », et cela suffit.

- (iii) « *Étant donné que c'est à la partie qui s'oppose au retour qu'il **incombe de prouver les faits à l'appui de son opposition**, le doute qui pourrait subsister à propos d'un éventuel risque pénal **ne suffit pas à empêcher le retour de l'enfant*** ».

Affaire helvético-serbe, ATF 10.11.2009 in SJ 2010 I p. 151 ss.

« Étant donné que **c'est à la partie qui s'oppose au retour qu'il incombe de prouver** les faits à l'appui de son opposition, le doute qui pourrait subsister à propos d'un éventuel risque pénal ne suffit pas à empêcher le retour de l'enfant ».

Il n'est pas certain que cela soit **compatible avec le Message à la LF-EEA**, qui semble imposer au tribunal de faire une **série de vérifications d'office**.

« Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et à la coopération avec les autorités compétentes dans l'État de provenance jouent également un rôle essentiel. **Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant** (art. 10, al. 2). **S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant**. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. Sous ce rapport, l'art. 10 est donc directement lié à l'application pratique de l'art. 5 ».

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de fournir à ce sujet quelques précisions à la faveur d'une affaire helvético-finlando-grecque :

Affaire helvético-grecque : ATF 5A_655/2017,

« La maxime inquisitoire illimitée est applicable lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC). En vertu de ce principe, le **juge a l'obligation d'établir d'office**

l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. En principe, les parties ne supportent ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves. Cependant, la maxime inquisitoire doit être relativisée par son corollaire, à savoir le **devoir de collaborer des parties**, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués »

- (iii) Si le parent requérant « a *déclaré ne pas avoir entrepris de démarches allant dans ce sens auprès des autorités pénales* » et s'est engagé à ne pas **déposer plainte pénale ou à la retirer**, cela est en général considéré comme une **garantie suffisante** que le risque de poursuite pénale ne se concrétisera pas.

Citons un passage de la décision ancienne déjà évoquée à plusieurs reprises :

« On peut ajouter qu'à teneur de l'art. 2 CLaH 80, les États contractants s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. Or, dans un cas comme celui d'espèce, la menace d'une peine privative de liberté à subir par le **parent ravisseur constituerait un obstacle au retour du mineur et serait donc contraire aux objectifs conventionnels**. Un État qui menacerait d'emprisonnement le parent codétenteur de l'autorité parentale parti à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent s'exposerait à ce que ses demandes de retour soient refusées dans de nombreux cas » (**affaire helvético-serbe, ATF 10.11.2009, SJ 2010 I p. 151 ss**).

- (v) Lorsque les autorités de l'État partenaire, au moyen d'une mesure provisionnelle, ordonnent au parent ravisseur de ramener l'enfant sur son territoire sous la menace de la sanction pénale, cela n'est pas, pour le Tribunal fédéral, **constitutif de la menace de la sanction pénale visée par l'art. 5 LF-EEA**.

Ainsi, dans l'**affaire helvético-britannique** déjà évoquée, par deux « *orders* » du 20 avril 2016 et du 4 mai 2016, la « *Family division* » de la « *High Court of justice* » de Londres avait prescrit à la mère de ramener les enfants sur le territoire du Royaume-Uni, sous la **menace des peines de droit**. La Cour de Genève avait renoncé à prescrire le retour, le père forme un recours, le Tribunal fédéral admet le recours et prescrit le retour de l'enfant en Angleterre (ATF 5A_936/2016).

14. On peut se demander à ce sujet si, lorsque des doutes subsistent sur l'aboutissement d'une (éventuelle) poursuite pénale, il ne faudrait pas

- (i) s'assurer, au besoin **de concert avec l'Autorité centrale étrangère**, qu'un engagement du parent requérant à ne pas porter plainte ou à la retirer est **bel et bien valable et efficace selon le droit pénal de ce pays** et a pour effet d'empêcher ou d'arrêter toute procédure de poursuite pénale ; l'Autorité centrale est, en vertu de la CLaH 80, tenue de fournir les renseignements sur le *droit* de ce pays (v. art. 7 lit e), notamment) ;
- (ii) **revoir l'idée qu'il (a) incomberait au parent ravisseur d'établir (b) qu'il sera « indubitablement exposé à une mise en détention » en cas de retour** et qu'à défaut, (c) il supporterait les conséquences de l'absence de preuve ; car il se pourrait que, compte tenu d'un « standard » de preuve aussi élevé, le parent ravisseur ne parvienne pas à le satisfaire, qu'il rentre avec l'enfant, qu'il soit tout de même poursuivi et mis en détention et qu'il soit par conséquent séparé de l'enfant pendant le temps de la mise en détention. Le principe de la **maxime inquisitoire** est susceptible d'être mieux intégrée dans l'analyse à ce sujet ;
- (iii) encourager l'Autorité centrale suisse à **ne pas clôturer le dossier** dès que le retour a été effectué mais à **maintenir le contact avec l'Autorité centrale « partenaire »** au sujet d'un tel dossier afin de s'assurer que la poursuite pénale n'a pas été engagée devant les autorités de l'État partenaire, qu'elle ne s'est pas soldée par

une mise en détention. Il y a lieu de penser que l'article 7 CLaH 80, notamment aux **lettres b), d), i)** est susceptible de fournir une base légale suffisante.

Art. 7 CLaH 80

Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs États respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et **réaliser les autres objectifs de la présente Convention**.

En particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, elles doivent prendre toutes les mesures appropriées :

(...)

b. pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires ;

d. pour échanger, si cela s'avère utile, des **informations relatives à la situation sociale 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.

b) Le parent ravisseur est dans l'impossibilité de séjourner légalement sur le territoire de l'État partenaire

15. La deuxième situation visée par la lit b) de l'article 5 LF-EEA tient à ce que le parent ravisseur **s'exposerait au risque de ne pas ou ne plus pouvoir séjourner légalement sur le territoire de l'État partenaire faute de disposer d'un visa ou d'un titre de séjour valable**.

16. Deux **affaires helvético-américaines** entrent en ligne de compte : le parent ravisseur avait pu obtenir un visa dans la première affaire, mais non dans la seconde.

- (i) Dans la première affaire – qui a donné lieu à l'**ATF 5A_154/2010** – le Tribunal cantonal de Zurich avait obtenu de l'Autorité centrale américaine la triple assurance que (a) les autorités américaines d'immigration allaient permettre à la mère de séjourner sur le territoire américain, (b) que le juge américain en charge de la procédure sur la garde allait permettre à l'enfant de vivre avec la mère au cours d'une telle procédure, et même que (c) si la décision de première instance devait autoriser la mère à s'installer en Suisse avec l'enfant, une telle décision serait immédiatement exécutoire nonobstant appel. Une telle coordination judiciaire helvético-américaine **fruit d'un dialogue inter-juridictionnel avait pu à l'époque être saluée et qualifiée de modèle à suivre** (v. *infra*, ad art. 16 LF-EEA).
- (ii) Au sujet de la deuxième affaire – qui a débouché sur l'**ATF 5A_764/2009** –, le Professeur Bucher relate qu'à peine sur sol américain, la mère avait été renvoyée en Suisse à bord du premier avion, que l'enfant avait été retenu aux Etats-Unis pendant cinq ans avant que l'intervention de Mme la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga puisse débloquer la situation et lui permettre de s'installer en Suisse chez la mère (v. *infra*, ad art. 10 LF-EEA, n° 13).

La décision de retour du tribunal cantonal avait été soumise à la condition que la mère obtienne des autorités américaines compétentes une autorisation de séjour pour la durée de la procédure de garde : « Die Rückführungsfrist beginnt zu laufen, sobald die Beklagte seitens der zuständigen Behörden der USA eine Bewilligung ausgestellt erhalten hat, welche ihr bis zum rechtskräftigen Abschluss des Sorgerechtsverfahrens über B, zumindest aber für die Dauer von drei Monaten den Aufenthalt in den USA ermöglicht ». Le tribunal cantonal n'avait pas moins indiqué qu'il fallait que la mère agisse rapidement : « Die Frist beginnt auch zu laufen, wenn die Beklagte nicht innert 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses bei den

zuständigen Behörden mit einem vollständigen und allen notwendigen Unterlagen versehenen Gesuch entsprechende Garantien oder eine entsprechende Bewilligung beantragt hat ». En admettant partiellement le recours du père, le **Tribunal fédéral allait prononcer le renvoi sans de telles conditions** : « Zusammenfassend ergibt sich, dass die in Ziff. 3 des obergerichtlichen Urteils formulierte Rückführungsbedingung in Gutheissung der Beschwerde des Vaters und in Abweisung der Beschwerde der Mutter aufzuheben ist, sodass die Rückführungsverpflichtung gemäss Ziff. 2 des angefochtenen Urteils zur unbedingten wird » (cons. 6). Il semble bien que le Tribunal fédéral avait pris le risque que la mère ne puisse pas séjourner aux Etats-Unis. Il est à noter qu'avant l'enlèvement **le père était le « Hauptbetreuer »** : « In der Folge lebten die Eltern gemeinsam in Zürich, Paris, New York und Santa Monica. Sie trennten sich nach Darstellung des Vaters im Frühling 2004, nach derjenigen der Mutter einiges früher. Ab Februar 2005 blieb Y. beim Vater in New York, wo sie auch den Kindergarten besuchte und dann zur Schule ging. Am 25. Juni 2008 flog Y. mit der Grossmutter mütterlicherseits in die Schweiz, um die Sommerferien bei der Mutter zu verbringen. Die Eltern hatten vereinbart, dass Y. Anfang September 2008 wieder nach New York zurückkehren sollte; die Mutter behielt sie aber in der Schweiz zurück » (point « A » de l'ATF cité).

17. Cela montre les mérites **mais aussi les aléas d'une collaboration internationale**. En cas de doute, il faudrait pouvoir obtenir des assurances réelles à ce sujet. Ainsi dans une troisième affaire **helvético-américaine**, beaucoup plus récente, le Tribunal cantonal de Zurich, faute d'avoir pu obtenir la collaboration des autorités américaines à ce sujet, pourtant sollicitée à différentes reprises, **avait renoncé à ordonner le retour et le Tribunal fédéral l'en a approuvé** (v. ég. *infra*, ad art. 10 LF-EEA, n° 13).

Affaire helvético-américaine, 5A_437/2021 du 08.09.2021 cons. 2)

« Das Obergericht schildert weiter seine umfangreichen Bemühungen, in Nachachtung des bundesgerichtlichen Vorgehens im Verfahren 5A_105/2009 mit dem zuständigen Gericht in Florida und den amerikanischen Einreisebehörden eine Regelung bezüglich der zehnjährigen Einreisesperre zu finden; bereits die Kontaktaufnahme habe sich schwierig gestaltet und es sei unmöglich gewesen, irgendwelche Garantien zu erreichen. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass eine Aufhebung der Einreisesperre nicht möglich sei, zumal sich die Beschwerdegegnerin über ihren illegalen Aufenthalt hinaus in den USA auch einer Kindesentführung schuldig gemacht habe. Mithin würde es bei einer Rückgabe des Kindes zu einer dauerhaften Trennung kommen, was angesichts des Alters für das Kind und des Umstandes, dass es in ein potentiell gefährdendes Umfeld käme und die Beschwerdegegnerin nicht einschreiten könnte, eine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. B HKÜ bedeute. Die Gewaltvorfälle seien zwar mehr oder weniger bestritten oder es würden Erklärungen seitens des Beschwerdeführers erfolgen, aber die Häufung der Vorfälle lasse auf eine mögliche Gefährdung des noch kleinen Kindes schliessen...»

18. Un tel dénouement paraît conforme au Message à la LF-EEA en ce qu'il indique que

« Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (art. 10, al. 2). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant » (*supra*, p. 27).

2. On ne peut manifestement pas exiger du parent ravisseur qu'il prenne en charge l'enfant dans l'État partenaire

19. La pratique conseille de différencier **trois cas de figure** : la première concerne les affaires où le parent ravisseur risque, s'il retourne dans l'État partenaire, de ne pas être

suffisamment protégé quant à son intégrité physique ou psychique (a) ; la deuxième concerne la situation où le parent ravisseur entretient avec la Suisse des liens très étroits qui sont susceptibles de l'astreindre à y rester (b), la troisième a trait aux cas où il y a lieu d'essayer de prévenir les « *doubles retours* » (c).

a) Insuffisante protection du parent ravisseur

20. Voici à nouveau ce qu'énonce le Message à ce sujet :

« Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet État. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'**on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur** pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, **nous songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire** ».

21. On peut aussi et à plus forte raison songer au **risque** auquel le parent ravisseur, qui par hypothèse est le seul chez qui l'enfant pourrait vivre à titre principal (car on a déjà établi que le « *placement chez le parent requérant n'est manifestement pas dans son intérêt* », c'est-à-dire que la situation visée par la lit a) de l'article 5 LF-EEA est réalisée), serait **exposé quant à sa santé physique ou psychique au cas où il retournerait avec l'enfant**.

22. Le Tribunal fédéral a précisé à ce sujet que

- (i) « le retour **n'est pas ordonné dans un endroit précis du pays de provenance** » et que notamment
- (ii) « l'ordre de retour n'implique pas la réintégration de la ville ou région habituelle avant le déplacement illicite, **ce qui n'oblige pas le parent ravisseur à s'installer à nouveau à proximité du domicile du parent abandonné**, risquant de mettre en péril la **stabilité retrouvée par l'éloignement géographique** ».

Affaire italo-suisse, 5A_880/2013 du 16.01.2014 cons. 5.1.1

« **De surcroît, le retour est ordonné sur le territoire italien, et non dans un endroit précis de ce pays** (arrêts 5A_637/2013 du 1er octobre 2013 consid. 5.3.1; 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1), ce qui ne l'oblige nullement à s'installer à nouveau avec le père de l'enfant dans l'ex-domicile familial, dans des conditions de vie qu'elle allègue ne plus pouvoir accepter ».

Affaire franco-suisse, 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.1.2 s.

« D'ailleurs, comme l'a précisément relevé l'autorité cantonale, selon la CLaH80, le retour est ordonné sur le territoire français, **et non dans un endroit précis de ce pays** (arrêts 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1; 5A_550/2012 du 10 septembre 2012 consid. 5.1, publié in SJ 2013 I p. 25) ».

Affaire helvético-grecque, 5A_121/2018 du 23.05.2018 cons. 5.3.

« Par ailleurs, **le retour est ordonné sur le territoire grec, et non dans un endroit précis de ce pays** (arrêts 5A_637/2013 du 1er octobre 2013 consid. 5.3.1; 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1), **ce qui n'oblige nullement le recourant à vivre auprès de son père, ni même dans la même ville** ».

Affaire franco-helvético-thaïlandaise, 5A_162/2019 du 24.04.2019 cons. 6.3.

« Ceci posé, il convient de rappeler que l'ordre de retour **n'implique pas la réintégration de la ville ou région habituelle** avant le déplacement illicite, partant que la recourante n'est pas tenue de loger à proximité du domicile du père et demeure libre de résider au lieu de son choix sur le territoire thaïlandais ».

23. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal fédéral **retient l'exception au retour dont il est question de manière restrictive**. Ce qui lui a valu des critiques.

- Dans la contribution parue en 2017 déjà évoquée, Maître Sandor Horvath, avocat spécialisé en droit de la famille, s'est exprimé de la manière suivante:

« **Nicht nachvollziehbar** ist die Praxis des Bundesgerichts, wonach häusliche Gewalt gegen die Mutter kein Grund sei, die Rückführung zu versagen. Das Bundesgericht sieht darin weder eine direkte noch eine indirekte Gefährdung des betroffenen Kindes, obwohl klar ist, dass ein Kind, welches Gewalt gegen die Mutter erlebt (hat), traumatisiert sein dürfte. Das Bundesgericht verlangt in solchen Fällen nicht nur den Nachweis, Gewalt ausgesetzt werden zu können, sondern auch das Fehlen von Schutzmechanismen, wobei es offenbar davon ausgeht, dass die Vertragsstaaten über solche Schutzmechanismen verfügen. Damit nimmt das Bundesgericht weitere Gewaltvorfälle und eine Gefährdung des Kindeswohls implizit in Kauf und delegiert die Verantwortung im Umgang damit – ohne Rücksicht auf das Kindeswohl – an den ersuchenden Staat... Das Bundesgericht erachtet die zwangsweise Rückführung als einen generalpräventiven Akt und verkennt dabei, dass **eine mit ihren Kindern von Gewalt fliehende Mutter sich wohl kaum je im Voraus mit den Konsequenzen ihres Handelns befasst**. Das Bundesgericht argumentiert, der Entführer dürfe aus der Entführung keinen Vorteil ziehen und hebt damit implizit Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ aus » (Sandor Horvath, Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1010).

- Le Professeur Bucher, en ayant à l'esprit notamment les affaires *italo-suisse* et *helvético-anglaise* déjà évoquées à plusieurs reprises, expose comme suit :

« L'examen du sort de l'enfant et de la **disponibilité de mesures suffisantes de protection est alors indispensable**, autant que le refus d'y procéder est choquant, lorsque, dans l'affaire d'Italie, un garçon de 8 ans a dû retourner auprès d'un père sans résidence stable (ATF 16.1.2014, 5A_880/2013) et que, dans l'affaire de Londres, un retour forcé de deux petits enfants a été ordonné sans aucune préparation et en sachant que la mère ne pouvait aller y vivre et que le père violent vivait avec une injonction de ne pas s'en approcher (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, ATF 23.3.2017, 5F_9/2017, c. 5.2) ».

24. La raison d'une telle interprétation restrictive semble bien être, en effet, que, selon le Tribunal fédéral, il faille en général – et sauf situations exceptionnelles –, pour bien se conformer à la lettre et à l'esprit du **multilatéralisme** qui s'incarne dans les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996, et aux droits et obligations réciproques qui en découlent sur le plan inter-étatique, **faire confiance aux autorités de l'État co-intéressé et s'attendre qu'elles prennent les dispositions adéquates pour**

- (i) d'abord, **assurer la protection immédiate de l'enfant et du parent ravisseur au retour**, comme elles le font ou devraient le faire pour protéger les enfants et des parents dans des situations purement internes,
- (ii) ensuite, statuer sur la garde, en prenant en considération **tout élément pertinent**, y compris bien sûr les **épisodes de violence**, y compris en songeant à autoriser le parent ravisseur à s'installer avec l'enfant en Suisse, à lui permettre de s'y déplacer licitement. A ce sujet, on lira avec intérêt un passage d'une décision rendue par Mon Repos en 2017 dans une affaire italo-suisse :

Affaire italo-suisse 5A_305/2017 du 19.05.2017 cons. 6.2 ss

« 6.3. Enfin, autant que la recourante soutient que l'absence de mobilier, de bois de chauffage et d'électricité dans l'ex-domicile familial constitue une crainte sérieuse de maltraitance des enfants, elle ne prétend pas que les **autorités italiennes, singulièrement judiciaires, ne seraient pas en mesure de lui offrir la protection nécessaire à cet égard** ».

25. On peut penser que le **principe d'une telle « confiance »** pourrait valoir **particulièrement** dans les relations a) entre la Suisse et ses États voisins : **Allemagne, France, Italie, Autriche**, et b) entre la Suisse et les autres États qui comptent parmi les plus avancés du monde – **Angleterre, États-Unis, Australie, Espagne, etc.** et dont on peut *a priori* penser que la protection des enfants et de leurs parents est ***a priori* comparable** à celle dont les enfants et les parents pourraient bénéficier en Suisse.

- Il est intéressant de constater que la majorité des décisions rendues *après* l'entrée en vigueur de la LF-EEA qui ont fait **l'objet de critiques, parfois vigoureuses**, tout comme la majorité des décisions qui ont été rendues *avant* l'entrée en vigueur de la LF-EEA, qui ont fait l'objet de critiques, parfois vigoureuses, et qui ont conduit aux discussions au sein des plus hautes instances politiques qui ont débouché sur l'adoption de la LF-EEA, ont été rendues dans des affaires qui engagent la Suisse, d'une part, et un **État ou bien du G7 (États-Unis, Royaume-Uni, Allemagne, France, Italie) ou bien du G20 (Australie) ou bien à haut revenu (Espagne)**, d'autre part, et non pas un État dit à économie « *émergente* » et au système judiciaire et de protection des enfants défaillant.
- Concernant l'affaire **helvético-mexicaine de 2015** – dont les critiques qu'elle a aussi provoqué ont concouru aux échanges entre membres de l'Assemblée fédérale et Conseil fédéral dont le présent mandat tire sa source –, il faut reconnaître qu'il n'était **pas déraisonnable** de conclure que l'article 5 LF-EEA, en ce qu'il a de plus spécifique, c'est-à-dire ses **lettres a) à c)**, **ne suffisait pas à faire obstacle au retour de l'enfant avec la mère au Mexique**. Rappelons au sujet de cette affaire les quelques éléments suivants : a) l'enlèvement avait été commis par le *père* et non pas par la *mère* ; b) le parent ravisseur n'était pas le parent *principal* de référence, car la mère avait toujours été, avant l'enlèvement, la personne principale de référence (elle allait l'être encore pendant deux ans après le rapatriement au Mexique, avant le *second* enlèvement : v. *infra*, ad art. 13 LF-EEA) ; on pouvait difficilement décider qu'un placement de l'enfant chez la mère pendant la période nécessaire à ce que la justice mexicaine suive son cours pour statuer sur la garde était « *manifestement* » incompatible avec l'intérêt de l'enfant ; la condition visée à la lettre a) de l'art. 5 LF-EEA n'était donc pas vraiment remplie (et on peut d'ailleurs penser que la réalisation de la lettre b) de l'art. 5 LF-EEA était aussi douteuse : à la suite du rapatriement de l'enfant au Mexique avec la mère, le père, qui avait vécu plus de dix ans au Mexique, allait d'ailleurs rentrer lui aussi au Mexique et séjourner pendant deux ans encore : v. *infra*, ad art. 13 LF-EEA). Le point délicat avait pour objet l'opposition de l'enfant au sujet de laquelle la **LF-EEA n'ajoute pas grand-chose** à l'article 13 al. 2 CLaH 80: v. *infra*, ad art. 9 LF-EEA) et la manière dont le retour de l'enfant au Mexique avec la mère a pu survenir (v. *infra*, ad art. 12 LF-EEA).

26. On peut cependant penser aussi, et une fois de plus, que, dans **les cas les plus délicats**, pour s'assurer de la sûreté du lieu d'accueil et des circonstances du retour du parent ravisseur et de l'enfant, **une prise de contact avec les autorités de l'État partenaire serait pertinente**, et qu'il serait aussi utile de sonder leur éventuelle disponibilité à prendre des **mesures adéquates**, ce d'autant que cela est conforme à la lettre de l'article 12 LF-EEA (v. *infra*, ad art. 12 LF-EEA, n° 4) et à un passage du Message relatif à cet art. 5 LF-EEA qu'on prendra la liberté de reproduire ci-dessous :

« Le **tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant** (art. 10, al. 2). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser **toutes les conséquences** que pourrait avoir un retour pour l'enfant. **Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant** ».

27. Il est vrai **que le Règlement Bruxelles II-ter**, entré en vigueur le 1^{er} août 2022 dans 26 États membres de l'Union européenne – « **Règlement (UE) n° 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants** » – comme déjà l'article 11 al. 3 du Règlement Bruxelles II-bis, qui a été en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005 jusqu'au 31 juillet 2022, semble être **moins exigeant**. L'**art. 27 al. 3 Règl. BRII-ter** prévoit en effet expressément que le tribunal chargé de la procédure de retour « *ne refuse pas le retour* » si le parent requérant établit que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant » et ne prévoit pas expressément une prise de contact entre autorités des États membres (prise de contact qui est cependant toujours envisageable en vertu d'autres dispositions, notamment celles que comporte le Chapitre V, art. 76 s.).

Article 27 al. 3 Règlement Bruxelles II-ter

« Lorsqu'une juridiction envisage de refuser le retour d'un enfant **uniquement** sur la base de l'article 13, premier alinéa, point b), de la convention de La Haye de 1980, **elle ne refuse pas le retour** de l'enfant si la partie qui demande le retour de l'enfant garantit à la juridiction, en fournissant des éléments de preuve suffisants, **que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ou si la juridiction en est convaincue de toute autre manière** ».

b) Liens familiaux du parent ravisseur en Suisse

28. Parmi les cas les plus complexes figurent les situations où le parent ravisseur **a créé une nouvelle famille** qui a des liens forts avec la Suisse et avec qui il souhaiterait logiquement vivre : a) il a une nouvelle compagne, ou un nouveau compagnon, stable, éventuellement un nouvel époux ou une nouvelle épouse ; b) et, situation encore plus délicate, il a eu de lui ou d'elle un **nouvel enfant** ou de **nouveaux enfants**, qui sont les demi-frères et les demi-sœurs de l'enfant en question. Les **configurations envisageables** de ces « *familles recomposées* » sont multiples. Le Message évoque ces cas de figure :

« ... entretient en Suisse **un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse)**, il peut y aller de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents » (FF 2007, 2463).

29. Au cas où le tribunal de l'État partenaire, *a priori* compétent, selon la Convention de La Haye de 1980 et la Convention de La Haye de 1996, à statuer sur la garde et à fixer le lieu de résidence, devait juger que l'enfant continuera à être établi sur son territoire et qu'il vivra, ou bien avec le parent principal de référence jusque-là, si il décide de continuer à y rester, ou bien, si celui-ci insiste pour partir, avec l'autre parent, cela entraîne, pour le parent principal de référence, et qui voudrait partir, si on ose le dire, un **dilemme à trois cornes** : ou bien 1) il privilégie la relation avec sa nouvelle famille et renonce à vivre à titre principal avec l'enfant dont il est question, et accepte que celui-ci évolue à titre principal loin de lui ou bien 2) il sacrifie sa nouvelle famille et vit à titre principal éloigné d'elle ; 3) ou bien il essaie de faire en sorte que celle-ci puisse s'installer elle aussi dans l'État co-intéressé.

Bien sûr, bien de personnes font face à de tels dilemmes même en l'absence d'enlèvement et même en l'absence de conflits parentaux.

30. Il semble que, s'agissant des situations de ce type, le Tribunal fédéral suit les principes suivants :

- (i) pour que les liens du parent ravisseur avec la Suisse puissent légitimer le refus de retourner l'enfant, il doit s'agir de « **relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage** » ;

Affaire helvético-hondurienne, ATF, 5A_954/2021, 3 janv. 2022, cons. 5.3.2

« Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou **s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage** » ;

- (ii) plus généralement, « *il doit s'agir toutefois de **situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant **aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux***** » (**affaire helvético-hondurienne, ATF, 5A_954/2021, 3 janv. 2022, cons. 5.3.2**) ;
- (iii) le seul fait pour le parent ravisseur d'être bien intégré en Suisse et d'y trouver ses propres parents **n'est pas suffisant** ;
- (iv) le retour peut en tout cas être ordonné lorsque le nouveau compagnon **a lui aussi des liens avec l'État partenaire**, si bien qu'on peut exiger de lui qu'il y retourne également, au besoin *provisoirement*.

- Ainsi, dans une affaire **helvético-ukrainienne**, le remariage de la mère, ukrainienne, n'a pas été considéré par le Tribunal fédéral comme constitutif d'un obstacle suffisant au retour de l'enfant et de la mère car le nouveau mari de celle-ci était lui aussi **ressortissant ukrainien**. Une telle circonstance laissait penser qu'il devrait être envisageable pour lui de raccompagner son épouse et l'enfant de celle-ci en Ukraine. Notons qu'ici, comme il arrive dans certains cas, le tribunal de l'État co-intéressé – l'Ukraine – **avait déjà statué sur la garde et sur le lieu de résidence**, si bien que le retour de la mère et de son nouveau mari en Ukraine n'était pas uniquement provisoire.

Voici l'état de fait tel qu'il le donne à connaître le Tribunal fédéral (**ATF, 5A_799/2013**) « A. X. (1983) und Y. (1969), beide ukrainische Staatsangehörige, haben die 2007 geborene gemeinsame Tochter Z. Im Scheidungs-urteil des Bezirksgerichts A. vom 29. Dezember 2010 wurde festgehalten, dass Z. bei ihrer Mutter lebt. Mit weiterem Urteil vom 21. November 2012 wurde bestimmt, dass der Wohnsitz von Z. am Wohnsitz des Vaters liegen soll, wobei die Sache zufolge höherinstanzlicher Rückweisung nach wie vor am Bezirksgericht hängig ist. Am 26. November 2012 verliess die Mutter mit der Tochter die Ukraine und lebt seither bei ihrem neuen Ehemann, ebenfalls ukrainischer Staatsangehöriger, in B. ».

Dans les motifs de la décision, on lit ceci: « Was den Sachverhalt anbelangt, unterstellt die Mutter, dass eine Rückkehr in die Ukraine **zwingend die Trennung von ihrem neuen Ehemann zur Folge hätte**. Sie setzt sich dabei nicht mit der obergerichtlichen Erwägung auseinander, wonach auch dieser ukrainischer Staatsangehöriger ist (er verfügt in der Schweiz über eine C-Bewilligung und die Mutter über eine B-Bewilligung). Inwiefern ein Leben in der Ukraine ausgeschlossen oder jedenfalls unzumutbar sein soll - **die Mutter ist mit dem Kind erst seit wenigen Monaten in der Schweiz und hat vorher ihr gesamtes Leben in der Ukraine verbracht** - wird nicht ausgeführt ».

- De même, dans l'**affaire helvético-hondurienne** déjà citée à plusieurs reprises, le nouveau compagnon de la mère étant lui-même hondurien, ils s'étaient rencontrés au Honduras et non en Suisse, et n'étaient l'un et l'autre en Suisse que depuis quelques mois. Le retour de la mère au Honduras, au besoin accompagnée par son nouveau compagnon, était donc envisageable.

« Dans le jugement entrepris, l'autorité cantonale a notamment retenu que l'on pouvait raisonnablement exiger de la re-courante qu'elle retourne au Honduras, pays dans lequel elle avait déjà travaillé et **vécu avec son nouveau compagnon hondurien jusqu'à leur départ pour la Suisse...** Au demeurant, la recourante n'établit pas que son intégration en Suisse serait telle qu'elle permettrait d'exclure un retour au Honduras, étant à cet égard relevé **que son compagnon est un médecin hondurien qui ne se trouve que depuis quelques mois en Suisse** » (ATF, 5A_954/2021, cons. 5.3.3).

- (v) La question de savoir comment organiser au mieux les choses – et quel intérêt sacrifier – revient à une **appréciation globale qui incombe au tribunal compétent à statuer sur la question de la garde et du lieu résidence de l'enfant**, c'est-à-dire à *priori* au tribunal de l'État partenaire de la Suisse où l'enfant avait sa résidence habituelle avant d'être enlevé vers la Suisse. Le parent ravisseur, s'il est le parent principal de référence, devra persuader le tribunal compétent de cet État partenaire qu'il vaut mieux, dans l'intérêt de l'enfant, et compte tenu des nouveaux liens avec sa famille, et de son équilibre psychologique et derechef de celui de l'enfant, et de sa propre préférence, de lui permettre de s'établir avec l'enfant en Suisse en obtenant une décision de « *relocation* », en acceptant qu'il soit éloigné du parent resté au pays.

Affaire helvético-tchèque, ATF, 5A_246/2014, 28.04.2014, cons. 5.2.

« Es geht hier denn auch um Elemente, **welche primär der zuständige Sachrichter [in casu le juge de la République Tchèque] bei der materiellen Ausgestaltung der Elternrechte wird berücksichtigen müssen** (vgl. analoge Situation beim Urteil 5A_880/2013 vom 16. Januar 2014 E. 5.2) ».

31. Si une telle « *lecture* » **nous paraît défendable**, et conforme à l'esprit de l'article 5 LF-EEA et de l'article 13 CLaH 80 qu'il vise à concrétiser, il faut bien reconnaître que, comme il a été dit plus haut (*supra*, n° 24), **il ne sera pas facile pour le parent qui souhaite s'installer en Suisse pour y vivre avec sa nouvelle famille** de persuader le tribunal de l'État partenaire à l'autoriser à déménager avec l'enfant en Suisse, en l'éloignant de la collectivité de cet État partenaire, de l'autre parent et la famille de celui-ci.

Plus sévère Sandor Horvath pour qui : « Das Bundesgericht **bekundet ferner Mühe im Umgang mit Patchworkfamilien**. Entweder argumentiert es, die neue Familie in der Schweiz könne auch in den ersuchenden Staat zurück, oder es schaut – in teilweiser Ausblendung des rechtserheblichen Sachverhaltes – über die neuen familiären Verhältnisse in der Schweiz hinweg. **Damit verletzt das Bundesgericht m.E. auch das Recht auf Ehe und Familie von unbeteiligten Dritten und u.U. auch das Kindeswohl von in der Schweiz zurückbleibenden Halbgeschwistern** » (S. Horvath, Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1010 s.).

32. Nous pensons qu'il ne serait pas inenvisageable que, tout en ordonnant le retour, le tribunal cantonal fasse, dans les situations les plus délicates, part à son homologue de l'État partenaire – au besoin à travers l'Autorité centrale – **de ses propres impressions au sujet de la manière dont pourraient être pris en considération les liens familiaux que le parent souhaitant s'établir en Suisse y a créé s'agissant d'une décision sur la garde ou d'une révision de celle-ci**. Il semble bien que les Conventions

de La Haye de 1980 et de 1996 comportent maintes dispositions autorisant une telle **coopération inter-juridictionnelle**.

c) Prévention des « doubles retours »

33. Voici ce que dit le Message à ce sujet :

« Entrent ensuite en ligne de compte les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, **alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant**. En pareille occurrence, l'enfant ne serait reconduit dans l'État 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**. Or un tel **aller-retour** ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'État de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résultera pas pour l'enfant de situation intolérable, laquelle justifierait une décision négative de retour en vertu de l'art. 13, par. 1, let. b, CLaH 80 ».

On peut se demander si ces de figure ne seraient pas tels qu'« *on ne peut manifestement pas exiger du parent ravisseur qu'il prenne en charge l'enfant dans l'État partenaire* » selon la lit. b) de l'article 5 LF-EEA, ou qu'ils constitueraient d'autres « **situations intolérables pour l'enfant** », exposé à une réinstallation dans l'État d'origine et une nouvelle installation en Suisse.

34. Quoiqu'il en soit de ce dernier point, l'idée qui sous-tend le point évoqué du Message tient à ce que le retour de l'enfant et du parent ravisseur vers l'État partenaire aurait peu de sens si les autorités de cet État, même à titre de mesures provisoires, **autoriseront le parent ravisseur à s'établir en Suisse avec l'enfant**. On se permettra toutefois de préciser, par rapport à l'extrait pertinent du Message qui vient d'être cité, que, même si « *le parent ravisseur est la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant* », et que les autorités de l'État d'origine sont prêtes à lui attribuer la garde, cela ne signifie pas encore qu'elles **seraient également prêtes à lui permettre de s'établir en Suisse et d'éloigner l'enfant de l'autre parent**. Car, pour sauvegarder la possibilité pour l'enfant d'avoir des contacts réguliers avec l'autre parent, et pour sauvegarder le droit de celui-ci d'entretenir de tels contacts réguliers, les autorités de l'État partenaire pourraient ne pas être prêtes à confier la garde au « parent qui s'est occupé en premier lieu de la prise en charge de l'enfant » qu'aussi longtemps que celui-ci accepte de continuer à vivre sur le territoire de cet État.

35. Voici les quelques principes qu'expose le Tribunal fédéral au sujet de cette question :

- (i) il ne suffit pas au parent ravisseur d'établir qu'il a engagé une procédure visant à se faire attribuer la garde ;
- (ii) le jugement à rendre par l'État partenaire attribuant la **garde exclusive au parent ravisseur et l'autorisant à rester en Suisse avec l'enfant doit apparaître indubitable** au tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour ; à défaut, il y a pour celui-ci lieu d'en conclure que le retour dans l'État de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, **il n'en résulte pas pour l'enfant de situation intolérable justifiant une décision négative**.

Affaire helvético-grecque, 5A_121/2018 du 23 mai 2018 consid. 5.3

« Le Message du Conseil fédéral auquel se réfère le recourant (Message du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433 ss) évoque une cautèle importante à cette hypothèse, que ce dernier passe sous silence: un **jugement attribuant la garde exclusive au parent ravisseur doit apparaître comme indubitable** pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour (p. 2463). Or, comme il vient d'être rappelé, même si le père s'est engagé à ne pas requérir la garde de l'enfant en Grèce, **les autorités grecques n'ont pas été à ce jour saisies d'une action concernant les droits parentaux**. Il s'ensuit qu'aucune décision en matière de droits parentaux n'est attendue de la part des tribunaux grecs; a fortiori, **l'on ne peut pas retenir comme indubitable l'imminence d'un jugement grec attribuant la garde exclusive à la mère** ».

Affaire franco-suisse, 5A_990/2019 du 21.01.2020 cons. 5 ss)

« 5.1.3.... Entrent par ailleurs également dans le cadre de l'art. 5 let. b LF-EEA les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, le rapatriement de l'enfant étant alors assimilable à un aller-retour qui ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Le jugement attribuant la garde exclusive au parent ravisseur **doit néanmoins apparaître indubitable au tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour**, celui-ci devant à défaut statuer que le retour dans l'État de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résulte pas pour l'enfant de situation intolérable justifiant une décision négative de retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 (arrêt 5A_121/2018 du 23 mai 2018 consid. 5.3 et la référence au Message précité p. 2433 ss, 2463) ».

- (iii) Il n'appartient pas au tribunal suisse de faire **des pronostics** sur la manière dont la question sera tranchée par le tribunal de l'État co-intéressé.

Particulièrement démonstrative sur les trois points évoqués est la décision rendue par le Tribunal fédéral en 2012 dans une **affaire helvético-espagnole (ATF 5A_847/2012 du 17.12.2012)** dont on se permettra de reproduire de larges extraits :

« Essa [= **Corte cantonale**] ha considerato che il fatto che la ricorrente abbia verosimilmente promosso davanti alla giurisdizione spagnola **un'azione per modificare l'accordo** stipulato tra i genitori il 10 marzo 2011 (omologato dal giudice spagnolo il 24 marzo 2011) ed ottenere l'autorità parentale esclusiva sul figlio non legittimava la residenza di quest'ultimo in Svizzera, atteso che **non consta che l'autorità spagnola abbia accolto la richiesta, fosse solo a titolo cautelare o che abbia in qualche modo autorizzato il trasferimento del figlio in Svizzera contro la volontà del padre**...

3.2.1 La ricorrente afferma che i Giudici cantonali avrebbero **dovuto approfondire maggiormente la questione legata al "rischio di un doppio ritorno"**, soprattutto dopo essere venuti a sapere che i reali motivi del trasferimento del minore in Svizzera erano da ricondurre alla pericolosità dell'opponente e che **quest'ultimo aveva omesso di precisare che in Spagna stava manovrando per togliere l'autorità parentale alla madre**. Nella procedura da lei avviata in Spagna per modificare l'accordo stipulato tra i genitori il 10 marzo 2011, il conferimento dell'autorità parentale esclusiva alla madre e l'autorizzazione a restare in Svizzera sarebbero, se non certi, **almeno verosimili**. Nella sentenza 5 ottobre 2012, che respinge l'istanza del padre volta ad ottenere la custodia e l'autorità parentale esclusiva sul figlio, il giudice spagnolo avrebbe infatti ritenuto **"che non sia raccomandabile strappare C. al suo ambiente per irrompere in quello paterno, sconosciuto al minore"**, ciò che dimostrerebbe che l'opponente non avrebbe la possibilità di mantenere l'autorità parentale congiunta.

Per il resto occorre osservare che il **fatto che in Spagna sarebbe ora pendente un'azione della ricorrente volta ad ottenere l'attribuzione dell'autorità parentale esclusiva sul figlio non rappresenta una circostanza atta ad**

ostacolare il rientro del minore (e a modificare quindi l'ordine di ritorno), già per il motivo che **non spetta all'autorità chiamata a pronunciarsi sul ritorno di un minore effettuare una previsione della decisione che prenderà l'autorità competente dello Stato richiedente in merito al "diritto di custodia"** (ai sensi della CArap). Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, i Giudici cantonali **non potevano perciò approfondire la questione di un "rischio del doppio ritorno"»**.

- (iv) Une brève suspension de la procédure engagée en Suisse par le parent requérant n'est pas exclue mais sa compatibilité avec le principe général de célérité devrait être soigneusement vérifiée.

La décision du Tribunal fédéral citée comme pouvant justifier une telle suspension avait exclu que les conditions pour l'ordonner étaient réunies : « **Vor diesem Hintergrund könnte höchstens eine kurzfristige Sistierung zur Diskussion stehen**, wenn zu erwarten wäre, dass der entführenden Person im Herkunftsstaat ohnehin demnächst das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zugeteilt würde (Vermeidung des "double return"). Angesichts der von den Parteien durch sämtliche Instanzen gezogenen ukrainischen Sorgerechtsverfahren und des offenen Ausgangs kommt eine Sistierung des Rückführungsverfahrens vorliegend nicht in Frage » (affaire **helvético-ukrainienne**, ATF, 5A_799/2013, cons. 6).

En effet, comme évoqué plus haut (*supra*, n° 31), le **tribunal ukrainien** avait, dans cette affaire, d'abord attribuer la garde à la mère pour ensuite la confier au père. On devine qu'une telle modification était motivée par le fait que la mère souhaitait s'établir en Suisse.

36. On peut penser que, dans les cas où il est **très probable** que la décision de l'État co-intéressé autorisera le parent ravisseur à rester avec l'enfant en Suisse et que la décision par les autorités compétentes de cet État sera rendue à brève échéance, il ne serait pas déraisonnable :

- (i) d'envisager une **éventuelle suspension** de la procédure judiciaire de retour pendante en Suisse, si celle-ci s'avère en l'espèce compatible avec le *principe de célérité* ;
- (ii) d'envisager une éventuelle suspension de la **procédure d'exécution** de la décision helvétique prescrivant le retour ;
- (iii) d'envisager une éventuelle prise de contact avec le juge étranger pour sonder sa disponibilité à autoriser, par une décision à titre de mesure provisoire, **le parent ravisseur à résider en Suisse jusqu'à droit connu sur la procédure de la garde**.

V. Lit c) « Le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant »

37. Ce n'est que dans des **cas exceptionnels** que le placement auprès des tiers – évoqué par la lit. c) de l'article 5 LF-EEA – peut être envisagé.

38. Voici les quelques énonciations qu'on lit à ce sujet dans les décisions de Mon Repos :

- (i) un placement auprès de tiers ne devant constituer qu'une *ultima ratio*, dans des **situations extrêmes**. Cela explique que parfois l'analyse à ce sujet est **très rapide**.

Ainsi, dans l'affaire **franco-suisse** évoquée à plusieurs reprises, après avoir examiné en détail les conditions visées par les lettres a) et b) de l'art. 5 LF-EEA, le Tribunal fédéral **passe rapidement** sur la lettre c) « L'on relèvera finalement que la possibilité de placer l'enfant en France, prévue par l'art. 5 let. c LF-EEA, n'apparaît manifestement pas conforme à son intérêt » (ATF 5A_850/2022 du 01.12.2022 cons. 3.2.4.1).

- (ii) Un tel placement ne peut être envisagé que a) si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant et b) si la **famille nourricière** (ou semble-t-il institution semblable qui est disposée à accueillir l'enfant) **offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier.**

Citons une fois de plus l'arrêt du **Tribunal cantonal de Fribourg** (affaire n° 102 2023 52 du 08.05.2023 cons. 3.2), dans l'affaire **helvético-belge** dont il a eu à connaître :

« Or, il est quoi qu'il en soit à craindre que de placer des adolescentes dans une institution ferait **peser sur elles un grave danger**, notamment sur le plan psychique, et ne constituerait ainsi qu'un **traumatisme inutile**. En effet, au vu de la situation familiale déjà compliquée, ce placement ne semble que très peu opportun puisqu'il **créerait pour elles encore plus d'insécurité** et tendrait à rompre d'autant plus les liens familiaux existants **en les isolant à la fois de leur mère et de leur père**. Au surplus, bien que la demanderesse ait allégué qu'une séance par-devant les tribunaux belges, pour traiter de la question de l'hébergement des enfants, était fixée en mai 2023 (demande, p. 26), puis déclarée en audience qu'elle se tiendrait finalement en juillet 2023 (PV du 19 avril 2023, p. 5), ce que le défendeur a confirmé (PV du 8 mai 2023, p. 4), on ne peut à l'heure actuelle ni affirmer qu'elle aura bien lieu, ni préjuger de ce qui sera décidé et encore moins savoir quand une décision interviendra. Ainsi, le placement proposé n'aurait aucun terme prévisible, le rendant d'autant plus intolérable ».

39. Dans l'affaire **helvético-britannique** ayant donné lieu à l'**ATF 5A_936/2016** du 30 janv. 2017, lui aussi cité à plusieurs reprises, la Cour de justice du Canton de Genève et le Tribunal fédéral ont dû l'une et l'autre motiver leur décision – *contraire* au retour, pour la première, et *favorable* au retour, pour la seconde – par rapport au « *placement* » de l'enfant auprès des tiers selon la lettre c) de l'art. 5 LF-EEA.

- (i) Pour justifier sa décision contraire au retour, la Cour de Genève avait jugé que

« l'ordre de retour impliquerait inévitablement une séparation de la fratrie – la mère et sa fille aînée ayant décidé de rester en Suisse –; les filles avaient enfin retrouvé une stabilité après avoir été confrontées à des épisodes de violence répétés ; en outre le père violent n'a eu que des contacts sporadiques avec ses filles et n'est pas capable de s'en occuper, **en sorte que le rapatriement des mineures aurait immanquablement pour conséquence que les filles devraient être confiées à une institution publique anglaise** ».

- (ii) Le Tribunal fédéral a réformé la décision cantonale par un arrêt qui, ainsi qu'il l'a déjà été rappelé, compte sûrement parmi les plus controversés de tous ceux qui ont eu à mettre en œuvre la LF-EEA. Pour justifier sa décision « *réformatrice* » prescrivant le retour, les hauts magistrats rappellent que, par deux « **orders** », du 20 avril 2016 et le 4 mai 2016, prononcées par la « **Family division** » de la « **High Court of Justice** » – où siègent des juges spécialisés en droit de la famille sûrement parmi les plus prestigieux du *Commonwealth* – avait ordonné **à la mère de ramener les deux filles en Angleterre « sous peine de droit »**. Voici quelques passages tirés de tels « *orders* ».

« The mother's removal of C.X. (D.O.B. 04.06.2012) and D.X. (D.O.B. 20.01.2014) was in breach of the rights of custody that the father holds in relation to them, as he has parental responsibility of both children", "The mother's removal of the children [...] C.X. (D.O.B. 04.06.2012) and D.X. (D.O.B. 20.01.2014), was therefore wrongful in accordance with the meaning given to that term pursuant to Articles 3 and 5 of the 1980 Hague Convention » (ATF 5A_936/2016 du 30.01.2017, cons. 5.3).

Et voici les passages décisifs de l'analyse du Tribunal fédéral, qu'on prendra la liberté d'assortir de quelques interpolations [**placées entre crochets**] de notre part :

« Dans la logique de la CLaH80, la décision d'attribution de la garde des enfants, subsidiairement de leur **placement en institution**, ressort de la compétence des autorités britanniques et excède l'examen auquel la Suisse est tenue de se livrer (cf.

supra consid. 4.1.2). Quoi qu'il en soit, un tel **placement** - si la mère **décidait de ne pas rentrer en Grande-Bretagne** avec ses filles et que le père devrait être jugé, par les autorités anglaises, incapable d'assumer la garde de celles-ci - **n'expose au demeurant pas les mineurs à un danger grave pour leur développement [on peut convenir avec les voix qui se sont élevées contre cette décision que ce passage est un peu malheureux car un placement dans une institution paraît de nature à leur provoquer – pour citer le Tribunal cantonal de Fribourg dans l'arrêt qu'il a rendu à propos de l'affaire helvético-belge (supra, n° 123) un « traumatisme inutile » ; mais ce passage ne semble pas constituer le cœur du raisonnement du Tribunal fédéral]**. Ainsi, seul le facteur de stabilité retrouvée après avoir été confrontées à des épisodes de violence répétés, serait de nature à remplir l'exigence de l'exception prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, mais il apparaît qu'en réalité l'ordre de retour ne serait pas la cause de cette mise en péril de la situation des filles, mais uniquement un nouveau changement de régime de garde et droit de visite **imputable au refus infondé de la mère de rentrer en Angleterre**. Or, encore une fois, d'une part, **il n'appartient pas à la juridiction suisse de statuer sur les questions de garde et de droit aux relations personnelles [à trois reprises, le Tribunal fédéral rappelle – en paraphrasant – que : « Ce n'est pas à nous de prendre une décision définitive sur la garde et le lieu de résidence. Cela appartient aux juges de la Family Division de la High Court of Justice »]**, et d'autre part, seul le retour des mineurs doit être jugé intolérable pour être pris en compte à titre d'exception au retour. Pour le surplus, il n'apparaît pas qu'il existe un risque sérieux pour les enfants en cas de rapatriement en Grande-Bretagne. Il s'ensuit que, nonobstant les réticences de la mère, **il peut raisonnablement être exigé de celle-ci qu'elle retourne sur le territoire britannique avec ses filles**, à tout le moins que celles-ci soient ramenées dans leur pays de provenance **aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux [le rapatriement ne signifie pas encore que les enfants ne seront pas confiés à la garde de la mère pas plus que les enfants seront placés dans une institution (surtout pas !); le rapatriement des enfants en Angleterre élimine la conséquence de l'acte en principe illicite de la mère et devrait permettre à la High Court, Family Division, de Grande-Bretagne d'apprécier la situation et au besoin d'autoriser la mère à quitter – licitement, cette fois – la Grande-Bretagne pour la Suisse]** » (ATF 5A_936/2016 du 30.01.2017, cons. 6.3.1.).

Bien sûr, il est possible que, dans des affaires de ce type, la *Family Division* de la *High Court of Justice* de Londres ne confiera la garde à la mère qu'aussi longtemps qu'elle choisit de continuer à vivre à titre principal en Angleterre avec les filles, nées en 2012 et 2014, qui avaient au demeurant toujours vécu en Angleterre, de manière à permettre au père de maintenir un contact régulier avec elles. C'est la **grande limite**, dénoncée plus haut (II, n° 4, viii), du système créé par – tout à la fois - la Convention de La Haye de 1980, la Convention de La Haye de 1996 et le Règlement Bruxelles II-*bis* et II-*ter* que de confier à un tribunal « mono-national », qui en principe ne rend la justice qu'au nom d'un seul pays, d'un seul peuple, d'une seule collectivité humaine concernées, et peut entretenir une vue *biaisée*, au sens également optique, *de biais*, **la résolution d'un litige international, qui concerne un enfant qui a des attaches fortes avec des deux pays, et des parents qui sont ressortissants et/ou résidents de deux pays, et qui engage par conséquent deux collectivités étatiques, lesquelles peuvent être en concurrence l'une et l'autre pour accueillir l'enfant** (v. *supra*, II, n° 5). Mais que la Suisse multiplie les refus de retour, ce qui multiplierait aussi les bras de fer interjuridictionnels entre la Suisse et ses États partenaires, ne **semble a priori pas dans l'intérêt de ces enfants bi- et multinationaux** et de ces familles internationales et, surtout, **ne semble pas s'attaquer à la racine du problème**.

Il se peut au demeurant aussi que la « *Family Division* » de la *High Court* en décide autrement, compte tenu des relations entre le père et les filles telles qu'elles résultent de l'état de fait figurant dans la décision du Tribunal fédéral:

« La garde effective des enfants était exercée par la mère, sous réserve d'un droit de visite du père, d'une durée de trois heures hebdomadaires, dans un centre de protection des enfants. **Depuis octobre 2013, les filles n'ont eu que des relations épisodiques avec leur père, et depuis fin 2015, plus de contacts.** La situation de la famille était connue des **Services sociaux anglais** depuis plusieurs années. **Le père avait l'interdiction de se rendre au domicile de la mère depuis octobre 2013, à la suite de violences conjugales répétées en présence des enfants.** Il ressort d'un rapport d'évaluation établi par un service social anglais, à la requête d'un tribunal anglais saisi le 6 avril 2016 par le père d'une demande de transfert de la garde des enfants, que le père n'était pas capable de s'occuper seul de ses filles, notamment **en raison de sa maladie (épilepsie)**, mais qu'un droit de visite de quatre heures hebdomadaires en un lieu sécurisé et accompagné devait lui être réservé, ce temps étant porté à huit heures hebdomadaires, selon les mêmes modalités, en période de vacances » (**ATF 5A_936/2016 du 30.01.2017, sous « A », « A.a », « A.b »**).

Pour faire augmenter les chances que, dans des cas de ce type, la mère puisse, à l'issue de la (nouvelle) procédure ayant pour objet la garde et les droits de visite qui se déroulera en Angleterre, être autorisée par le tribunal anglais à s'installer en Suisse avec les filles, et que les droits de visite du père soit adaptés en conséquence, le tribunal helvétique, chargé de la procédure de retour, pourrait, tout en ordonnant le retour, **soumettre, par de l'Autorité centrale, à son homologue anglais ses propres observations quant à ce qui, selon lui, s'agissant du lieu de résidence, de la garde et des droits de visite, correspondrait davantage à l'intérêt de ces enfants helvético-britanniques.** Les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 comportent maintes dispositions autorisant une telle coopération inter-juridictionnelle.

VI. Autres « situations intolérables »

40. Comme évoqué plus haut, d'autres « **situations intolérables** », au-delà de que celles qui sont expressément « codifiées » à l'art. 5 lit a) à c) LF-EEA, peuvent être envisagées.

41. Il convient d'évoquer le cas, qui n'est pas rare, où le tribunal de l'État co-intéressé, par suite de l'enlèvement de l'enfant vers la Suisse commis par le parent gardien, et parent principal de référence, **a retiré la garde à celui-ci – le plus souvent à celle-ci : la mère – en la confiant à l'autre parent qui n'avait jusque-là jamais eu le rôle de parent de référence, le plus souvent le père.** Même si un tel cas de figure n'est pas directement évoqué par le Message, il convient de l'intégrer à l'analyse.

42. Le tribunal de l'État co-intéressé peut essayer justifier sa décision de la manière que voici :

- (i) si le parent de référence a fait subir un enlèvement à l'enfant, et le traumatisme qui peut en découler pour celui-ci, en l'éloignant de son foyer de manière illicite, et en tout cas en l'éloignant de l'autre parent de manière illicite, **c'est qu'il ne mérite pas la garde**, en tout cas à titre *provisoire* et *dans l'immédiat*. Même si une telle mesure peut avoir une connotation *punitiv*e pour le parent de référence, le tribunal en question peut prendre appui sur **sa propre vision de l'intérêt de l'enfant** car, comme on a déjà eu l'occasion de le rappeler à la faveur d'une affaire franco-suisse récente (*supra*, n° 24 et 32). Bien sûr, la qualité de la relation que l'enfant a pu établir avec les deux parents et l'intérêt réel que nourrit le parent autre que le parent de référence pour la prise en charge de l'enfant constituent des facteurs importants. La moins bonne la qualité de la relation entre l'enfant et l'autre parent, le plus la décision du tribunal étranger peut apparaître comme dictée davantage par la volonté de sanctionner la mère que de sauvegarder l'intérêt de l'enfant.

- (ii) Il se peut au demeurant aussi que cette mesure **avait été déjà annoncée auparavant**, que le tribunal de l'État en question avait confié la garde au parent qui avait été jusque-là le parent de référence, souvent la mère, mais qu'une telle décision sur la garde était dès le départ conditionnée à ce qu'elle accepte de rester et qu'elle resterait en fait dans le pays. Si elle veut quitter le territoire de celui-ci, et s'installer ailleurs, libre à elle de le faire mais la **garde sera transférée à l'autre parent**, souvent au père, au motif, ou sous prétexte, que le principe de la continuité de la vie de l'enfant au sein de son milieu habituel, les contacts avec les autres membres de la famille qui y habitent, avec ses ami-e-s et ses camarades, etc., en seraient mieux préservés.
- (iii) Cela peut **ne pas forcément avoir une connotation « punitive »**. Il arrive souvent, en effet, que lorsque l'enfant a sa résidence habituelle *en Suisse*, que sa mère est **étrangère** (thaïlandaise, russe, etc.), qu'elle s'est occupée à titre principal (parfois à titre *largement* principal, car, peu intégrée en Suisse, elle n'y a pas exercé d'activité professionnelle et s'est par conséquent largement consacrée au foyer), que le père est suisse et bien intégré en Suisse, où il exerce une activité professionnelle, que les parents de l'enfant se séparent, le tribunal suisse, compétent pour statuer sur la garde du fait de la résidence habituelle de l'enfant (en vertu de l'article 5 CLaH 1996), décide que : 1) la garde est confiée à la mère, **mais uniquement aussi longtemps qu'elle reste en Suisse** ; 2) si la mère veut quitter le territoire suisse, et typiquement rentrer dans le pays dont elle est originaire (Thaïlande, Russie, etc), où elle bénéficie de meilleures perspectives professionnelles et sociales, le **tribunal suisse décide que l'enfant restera en Suisse et sera confié à la garde du père même si celui-ci – qui a été seul à s'occuper, par son activité professionnelle, de la prise en charge financière de la famille – n'a jamais été le parent de référence**. En gros il arrive souvent que la **requête de « relocation »** que la mère étrangère, peu intégrée en Suisse, parent de référence principal de l'enfant qui a 3, 4, 5, 6, 7 ans, etc., tendant à obtenir l'*autorisation à déménager* avec l'enfant dans son propre pays (où l'enfant avait auparavant voyagé assez souvent), ce qui implique un éloignement de l'enfant du père, *suisse*, et de la famille paternelle, et de la collectivité suisse, **soit refusée par le juge suisse** (si les *deux* parents vivent en Suisse sont l'un et l'autre *étrangers*, et que l'enfant n'est par conséquent pas ressortissant *suisse*, que leur lien avec la Suisse est *récent*, la mère a, dans de tels cas de figure, plus de chances de se voir autorisée par un tribunal suisse à s'installer à l'étranger).

On ne devrait pas donc s'étonner pas plus que **tenir rigueur aux tribunaux des États partenaires de la Suisse** qui, dans les cas réciproques, suivent la même tendance. Lorsque (i) le père est ressortissant de cet État partenaire et y est bien installé, parfois depuis toujours et y exerce une activité professionnelle ; (ii) l'enfant est aussi ressortissant de ce pays (même s'il peut également par sa mère détenir la nationalité *suisse*) et y a sa résidence habituelle ; (iii) la mère est suisse ou en tout cas liée à la Suisse et socialement et professionnellement peu intégrée au sein de la collectivité de cet État partenaire ; (iv) les parents se séparent ; (v) la mère, qui a été parent de référence pour l'enfant, veut s'installer avec lui en Suisse où elle bénéficierait de meilleures perspectives professionnelles et sociales, le père s'y oppose, il arrive souvent que le tribunal compétent de l'État partenaire attribue la garde à la mère (suisse ou liée à la Suisse) **mais aussi longtemps qu'elle accepte de continuer à vivre (avec l'enfant) dans l'État partenaire** ; et si elle veut quitter le territoire et rentrer en Suisse, la garde sera confiée au père et l'enfant continuera à vivre dans l'État partenaire.

43. En revenant aux situations où le tribunal de l'État partenaire a « réagi » à un enlèvement vers la Suisse en confiant la garde au parent qui requiert son retour, il arrive que les tribunaux suisses renoncent à ordonner le retour, aussi longtemps en tout cas que

cette décision « *punitive* » est exécutoire dans l'État partenaire. Reprenons l'affaire **franco-suisse** récente qui a suscité l'**ATF 5A_850/2022 du 1.12.2022** et examinons celui-ci de plus près.

- (i) Le tribunal français de Thonon-les-Bains avait retenu sa compétence en raison du fait que le déplacement d'enfant avait eu lieu en fraude des droits du père.

« Sur le fond, il a en particulier relevé que le comportement de B. méconnaissait les droits de A., dès lors qu'au-delà d'un simple changement de résidence, le déménagement avait eu des conséquences sur le quotidien de l'enfant ainsi que sur la distance la séparant de son père. Faute de comparution, B. n'avait pas expliqué les raisons de ce déménagement; elle avait pourtant parfaitement connaissance de l'obligation de consulter son ex-compagnon, la résidence de ses deux premiers enfants ayant déjà été confiée à leur père pour des raisons identiques » (ATF 5A_850/2022, A.g.b).

- (ii) En approuvant la décision du Tribunal cantonal vaudois, le Tribunal fédéral a exposé comme suit :

« Il est ici établi que l'ordre de retour entraînerait une séparation entre l'enfant et sa mère vu le caractère immédiatement exécutoire du jugement français du 1^{er} mars 2022 fixant la résidence habituelle de C. chez son père. L'on relèvera toutefois que la décision française, dont il est établi qu'elle a été rendue sans la participation de l'intimée et contre laquelle celle-ci a recouru, **n'examine aucunement le bien de l'enfant pour appuyer le transfert de sa résidence habituelle chez son père, mais fonde celui-là exclusivement sur le comportement de la mère.** Cette décision, singulièrement son caractère exécutoire, a bien été prise en considération par la cour cantonale, **qui ne statue d'ailleurs nullement sur la garde de l'enfant;** il n'est pas contesté que **cette problématique demeure du ressort de la compétence des autorités françaises** vu l'illicéité avérée du déplacement (consid. 3.1 supra) » (ATF 5A_850/2022, cons. 3.2.4.1).

44. On peut sans doute comprendre une telle décision, même si l'affirmation selon laquelle la décision helvétique n'aboutit à « *statuer nullement sur la garde de l'enfant* » prête à controverse : ne peut-on penser que parce que l'enfant, à la suite d'une telle décision, est, par la Suisse, autorisée à vivre en Suisse chez sa mère, une telle décision de non-retour entraîne implicitement et *de facto* une prise de position au sujet de la garde ? Quoiqu'il en soit, il faut reconnaître que la situation **n'en est pas moins déplorable** compte tenu de **l'intérêt de l'enfant et de la famille** : deux États « *partenaires* », la France et la Suisse, qui ont autant de choses en commun, y compris la langue et des centaines de kilomètres de frontières, y compris lacustres, sont non seulement en *désaccord* mais en **conflit entre eux** au sujet du sort de cet enfant : pour le juge *français*, l'enfant doit résider **en France** chez le *père* ; pour le juge *suisse*, l'enfant peut résider **en Suisse** chez la *mère* – **ces deux États finissent par provoquer, dans la vie de l'enfant et de la famille, un blocage** ; aussi longtemps que ce blocage subsiste, l'enfant, qui est en l'espèce de nationalité *uniquement française*, ne pourra plus remettre son pied en France, chez son père notamment, mais aussi ailleurs dans l'Hexagone, car il risque d'être détenu par la police française et remis au père en exécution de la décision française qui lui attribue la garde. Or une telle situation **viole maints droits que la France et la Suisse se sont accordées, en adhérant ensemble à la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, pour reconnaître à celui qui est le protagoniste involontaire et malheureux de cette affaire** (v. *supra*, II, n° 23 s). Le blocage signalé ne peut qu'être surmonté moyennant un dialogue et une **décision concertée**, que les deux juges concourent à établir ensemble.

45. On peut, pour conclure sur ce point, se demander s'il ne faudrait pas que **le tribunal suisse, avant de prendre une décision qui refuse définitivement le retour,** moyennant une fois de plus les mécanismes de coopération internationale inscrit dans la

LF-EEA, dans la Convention de La Haye de 1980 et dans la Convention de La Haye de 1996, recherche un **échange de vue** avec l'homologue étranger de manière à :

- (i) œuvrer pour que celui-ci **s'abstienne de prendre**, même à titre provisoire, une **décision sur la garde « punitive » à l'égard du parent ravisseur** et prescrivant à l'enfant de résider sur le territoire de cet État auprès du parent abandonné ;
- (ii) si une telle décision a été prise à titre de mesure provisoire, **œuvrer pour qu'une telle décision soit, typiquement par la même autorité qui l'a rendue, révoquée ou remplacée par une autre en vertu notamment d'un « changement de circonstances »** ; le risque que le rapatriement puisse ne pas être ordonné par le tribunal suisse du fait de la décision « punitive » pourrait, du point de vue du tribunal de l'État partenaire qui a rendu une telle décision, être qualifié de « **changement de circonstances** », qui est tel qu'il risque de rendre *inopérante* la décision dont il est question (car l'enfant risque de rester en Suisse et ne plus pouvoir voyager dans ce pays autant qu'une telle décision est exécutoire dans l'État partenaire) et justifier dès lors sa révocation. Il faudrait bien sûr, à ce sujet, opérer avec diplomatie.

46. Quant aux **autres situations intolérables**, voici ce qui se dégage de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

- (i) **L'état de guerre, d'épidémie** - que l'on songe à la pandémie au Covid-19, qui a sévi dans la monde entier mais avec une intensité parfois bien différente dans les différents pays et selon les périodes – **ou de famine**, qui prévaut dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant antérieur à l'enlèvement, **peuvent constituer une « situation intolérable »** au sens de l'article 5 LF-EEA qui renvoie à l'article 13 al. 1 CLaH 80.
- (ii) Le retour de l'enfant dans un pays où le **taux de violence et de criminalité est élevé** – tel le Mexique : on sait que **l'affaire helvético-mexicaine** déjà plusieurs fois citées a provoqué beaucoup de controverses – peut, pour le Tribunal fédéral, ne pas être injustifié. Les circonstances qui ont fait apparaître non injustifié le retour au Mexique de cet enfant helvético-mexicain sont, (i) d'abord, le constat que le retour pourrait être *temporaire* en ce qu'il est asservi en premier lieu à permettre aux autorités mexicaines de trancher la question du lieu de résidence de l'enfant pour laquelle elles ont compétence ; (ii) ensuite, le fait que les deux parents ont vécu avec l'enfant au Mexique, où ils s'étaient rencontrés, pendant plusieurs années ; (iii) encore, le fait que la mère est mexicaine et a toujours vécu au Mexique et que (iv) a été pour l'enfant la personne de référence ; (v) enfin, que, s'agissant du père suisse, celui-ci avait choisi librement de s'implanter au Mexique depuis plus de dix ans.

Pour le Professeur Bucher, « lorsque l'état sécuritaire dans un pays soulève des doutes, il ne suffit pas de consulter le système 'itineris' du Département des affaires étrangères, qui est destiné aux touristes (comme l'a fait le Tribunal fédéral s'agissant du Mexique, où la criminalité quotidienne est notoire (ATF cité du 30.4.2015, c. 6.3, qui ne mentionne pas le risque d'enlèvement qui y est signalé) ».

Nous pensons que le risque général que les personnes vivant au Mexique – 120 millions d'habitants, y compris les doubles nationaux et les étrangers qui y vivent – **se fassent enlever reste comparativement faible et qu'il ne devrait en général pas être de nature à faire échec au retour.**

Il est vrai que dans cette affaire helvético-mexicaine, le **père avait subi des menaces par semble-t-il ses anciens partenaires d'affaires.** Mais, d'abord, on peut penser que, c'est l'enfant qui est censée – accompagnée par sa mère, parent principal de référence, et parent requérant – retourner au Mexique, où elle avait toujours vécu ; et constater ensuite que le père allait tout de même accepter de faire lui aussi retour au Mexique où il allait vivre pendant deux ans encore, en

estimant que les menaces que lui avaient été adressées n'étaient pas à tel point insupportables de lui conseiller de ne plus s'y rendre.

Dans l'affaire **helvético-hondurienne, 5A_954/2021 du 03.01.2022** le Tribunal fédéral a pris appui sur un argument semblable :

« Ainsi, en l'espèce, une conjoncture qui pourrait paraître instable dans certaines régions du Honduras ou l'existence de corruption dans ce pays **ne suffisent pas encore** pour affirmer qu'une fois l'enfant retourné dans ce pays et accompagné de ses proches, sa situation personnelle pourrait être **plus inquiétante que celle d'autres enfants vivant au Honduras**. Ce dernier élément est du reste d'autant moins vrai que l'enfant et ses parents ont déjà vécu dans ce pays pendant des années sans y être inquiétés (cf. arrêt de la CourEDH du 6 décembre 2005, *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, n° 14600/05, p. 28) ».

- (iii) Quelques **tracas logistiques sont inévitables** en cas de retour et ne constituent dès lors manifestement pas de « *situations intolérables* » ; il en va de même de la **déscolarisation de l'enfant en Suisse et sa rescolarisation dans le pays du retour**.

Affaire helvético-brésilienne, 5A_709/2016 du 30.11.2016 cons. 5.4 ss)

« Pour le surplus, **les trajets entre le Brésil et la Suisse** et les problèmes de scolarisation qui en sont notamment le corollaire, même s'ils ne sont manifestement pas dans l'intérêt de la fille, **ne sauraient être considérés comme constitutifs d'un risque grave** exposant celle-ci à un danger physique ou psychique, ou la plaçant dans une situation intolérable pour son bien-être et sa santé, faisant ainsi échec au prononcé de rapatriement de celle-ci. L'hypothèse prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 n'est donc pas non plus réalisée dans le cas d'espèce ».

Affaire franco-suisse, 5A_990/2019 du 21.01.2020 cons. 5 ss)

« La recourante perd manifestement de vue que le retour des enfants doit leur être intolérable. **Or une nouvelle déscolarisation de ceux-ci ou leur éloignement de leur famille maternelle ne crée nullement une situation que l'on peut qualifier d'insupportable**, les conséquences invoquées à cet égard par la recourante relevant d'ailleurs essentiellement d'aspects organisationnels ou de simples généralités, en sorte que ses critiques doivent être écartées, sans au demeurant que le caractère lacunaire de la motivation cantonale ne puisse être retenue. A propos de l'état de santé de la fille aînée des parties, la cour cantonale a relevé à juste titre que cette circonstance ne s'opposait pas à un retour, l'enfant pouvant manifestement reprendre les traitements initiés dans son pays de provenance sans que cela ne mette sa santé en danger. La recourante ne le conteste aucunement. Il n'est par ailleurs pas établi en fait que le stress généré par un nouveau déménagement aurait un impact intolérable sur l'évolution de la maladie dont souffre l'enfant, du moins la recourante ne l'établit pas, se limitant à renvoyer aux déclarations de son époux affirmant que les nombreux déménagements imposés par l'intéressée auraient induit un stress aggravant l'état de santé de la fillette. Il convient par ailleurs d'opposer à la recourante, ainsi que l'a déjà relevé la cour cantonale au sujet des difficultés liées à une nouvelle déscolarisation des enfants, qu'elle a elle-même pris le risque d'être confrontée à une décision lui intimant l'ordre de revenir en France avec les éventuelles conséquences qui pourraient en résulter sur les tensions subies par sa fille et leurs possibles répercussions sur sa maladie ».

- (iv) Une **diminution du niveau de vie** dont l'enfant et le parent ravisseur jouissaient en Suisse ne sont en soi *a priori* pas suffisants à provoquer une « *situation intolérable* » pas plus que ne l'est, en soi, la dégradation **de perspectives professionnelles** pour la parent ravisseur astreint au retour.

Affaire helvético-polonaise, 5A_479/2012 du 13.07.2012 cons. 5 ss)

« Le fait que la recourante considère son propre retour en Pologne comme intolérable, **aux niveaux financier et professionnel**, n'est pas pertinent pour l'examen de la présente exception au retour (cf. supra consid. 7.1). **Il s'ensuit que, nonobstant les prétendues difficultés pratiques et le possible impact sur leur niveau de vie**, il peut raisonnablement être exigé de la recourante qu'elle retourne en Pologne avec sa fille, aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. ».

- (v) L'analyse ne saurait s'attarder sur la **comparaison des conditions de vie** que chacun des États co-intéressés et « en présence » – la Suisse et l'État partenaire de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement – est susceptible d'offrir à l'enfant. Autrement dit, le tribunal suisse ne doit pas succomber à la tentation de refuser le retour du fait **que les conditions de vie dont bénéficierait l'enfant en Suisse sont en général meilleures que les conditions de vie dont bénéficierait l'enfant** dans l'État dont l'enfant a été enlevé.

Dans l'affaire **helvético-hondurienne**, le Tribunal fédéral cite – de manière, à notre avis, pertinente – le « **Guide de bonnes pratiques** » élaboré par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye, édition de 2020. Voici le passage pertinent :

Affaire helvético-hondurienne, 5A_954/2021 du 03.01.2022 cons. 5.1 ss

« En cas d'allégations de risque grave fondées sur des handicaps économiques ou éducatifs pour l'enfant au moment de son retour, l'analyse doit déterminer **si l'on peut répondre aux besoins fondamentaux de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle**. Le tribunal **n'a pas à comparer les conditions de vie que chaque parent (ou chaque État) est susceptible d'offrir** ; cela peut s'avérer pertinent dans le cadre d'une procédure subséquente concernant le **droit de garde**, mais **n'est aucunement pertinent dans le cadre d'une analyse au titre de l'article 13(1)(b)**. Des **conditions de vie plus modestes ou un soutien éducatif limité** dans l'État de la résidence habituelle ne suffisent dès lors pas à établir l'exception de risque grave. Le fait que le parent ayant soustrait l'enfant déclare ne pas être en mesure de rentrer dans l'État de la résidence habituelle avec l'enfant en raison d'une situation économique difficile ou insoutenable, notamment parce que son niveau de vie sera moins élevé, qu'il ne pourra pas trouver de travail dans cet État, ou qu'il se trouvera, d'une autre manière, dans une situation d'extrême précarité, ne sera généralement pas suffisant pour justifier une décision de non-retour. En particulier, le fait de dépendre des prestations sociales ou d'autres formes de soutien institutionnel ne représente pas, en soi, un risque grave » (**Conférence de La Haye, Convention d'enlèvement d'enfants, Guide de bonnes pratiques, 2020, Partie IV, article 13.1.lit b), p. 41**).

Ce principe nous semble devoir être tenu pour ferme car, à défaut, bien des États n'auraient pas accepté de devenir partenaires.

Un tel principe est également approuvé par S. Horvath (« *Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts* », FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1009 s.): « Nur Kriegswirren und Seuchen sind diesbezüglich massgebend. Wirtschaftliche, schulische oder soziale Gründe sind – **m.E. grundsätzlich auch korrekterweise** – ebenfalls keine Gründe, welche gegen eine Rückführung sprechen, weil es nicht darum geht, entwicklungsbedingte Nachteile durch das Versagen einer Rückführung auszugleichen ».

VI. Bilan

47. La jurisprudence suisse – *essentiellement* : du Tribunal fédéral – à l'égard de l'article 5 LF-EEA, été critiquée par **certains auteurs** (A. Bucher, S. Horvath, L. Mezenauer, M.-L.

Papaux van Delden), parfois de manière **vigoureuse**. En s’essayant à une appréciation d’ensemble, le Professeur Bucher est d’avis que

« Ainsi que l’illustre le récit de la jurisprudence, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral **n’est pas parvenue à répondre aux objectifs du législateur, tant elle méconnaît l’intérêt des enfants et l’exigence de tendre vers une pratique cohérente** » (Commentaire romand, mise à jour, 7.9.2023, n° 252 ; cf. Andrea Bonomi qui la qualifie de « sévère » et Papaux van Delden d’« intransigeante »).

48. Nous pensons que, pour compréhensibles qu’elles soient (v. not. *infra*, n° 12 s.), ces critiques n’en devraient être d’abord replacées **dans leur contexte**.

- (i) Les **affaires qui ont suscité la polémique** au sujet de la mise en œuvre de l’art. 5 LF-EEA **ne semblent pas en définitive très nombreuses**, par rapport aux centaines de cas qui, depuis l’entrée en vigueur de la LF-EEA, ont été tant bien que mal réglés avant qu’on en arrive au Tribunal fédéral. C’est là en définitive un **premier biais cognitif**. Les décisions du Tribunal fédéral ont tendance à concentrer **l’essentiel de l’attention de la doctrine** : tous les auteurs qui se sont prononcés de manière critique ne citent pratiquement que celles-ci. Or les affaires qui montent jusque Mon Repos sont minoritaires, et celles qui ont suscité la polémique sont à la fois **ultérieurement minoritaires**, spécialement délicates et spécialement douloureuses.

A cela s’ajoute le fait que les affaires qui ont suscité la critique de la doctrine suisse sont de manière **quasi-exclusive** des affaires **où le retour a été ordonné par les autorités suisses** et notamment le Tribunal fédéral. En lisant les comptes rendus, on a l’impression que les autorités suisses « *prononcent très souvent le retour des enfants enlevés* ». **Selon les données statistiques se rapportant à la période 2015-2021 figurant dans le *Schlussbericht (Anhang, 3.2., p. 7)*, seul 20% des cas d’enlèvement vers la Suisse aurait abouti à une décision de retour, et ce pourcentage est bien moins élevé (50% moins élevé) que le pourcentage des décisions de retour prononcées par les autres États contractants, qui est de 30%.**

Tabelle 1: Verfahrensabschlüsse im internationalen Vergleich

Verlaufstyp	Alle HKÜ-Staaten 2015*		Schweiz: 2015-2021	
	Anzahl	Anteil	Anzahl	Anteil
Rückzug des Gesuchs	424	23%	58	28%
Freiwillige Rückkehr	348	19%	35	17%
Angeordnete Rückkehr	561	30%	41	20%
Ablehnung des Gesuchs	243	13%	24	12%
Rückweisung durch die ZB	148	8%	37	18%
Kind nicht im Zielland/nicht lokalisiert	150	8%	13	6%
Total	1874	100%	208	100%

« Un **biais cognitif** est une déviation dans le traitement cognitif d’une information ». Le terme biais « fait référence à une déviation systématique de la pensée logique et rationnelle par rapport à la réalité ». L’étude des biais cognitifs fait l’objet depuis quelques décennies de nombreux travaux en psychologie cognitive, en psychologie sociale et plus généralement dans les sciences cognitives. Ces travaux ont identifié de **nombreux biais cognitifs propres à l’esprit humain** à travers de multiples domaines : perception, statistiques, logique, causalité, relations sociales, etc. Du point de vue de leurs domaines, on peut distinguer entre autres des **erreurs de perception, d’évaluation, d’interprétation logique**. **Ces biais cognitifs ne sont**

généralement pas conscients. « Leur caractérisation est importante aussi bien dans les **domaines judiciaire que scientifique** puisqu'ils sont néfastes dans un processus logique » (source : wikipedia).

- (ii) Si décision du Tribunal fédéral il y a, c'est, en effet, et comme on a eu l'occasion de relever (*supra*, II.3 n° 6) que le **bien de l'enfant** (« *Kindeswohl* »), qui en a été le protagoniste involontaire **a déjà été largement malmené**. Et ce en raison, d'abord, de l'enlèvement lui-même, qui incarne, du point de vue l'enfant enlevé, **l'échec de la prévention**, pourtant premier objectif de la CLaH 80 ; ensuite, de **l'échec des efforts de régler le conflit à l'amiable, moyennant notamment la médiation**, pourtant premier objectif de la LF-EEA, sur l'importance de laquelle la LF-EEA et le Message insistent à plusieurs reprises, et ce pour éviter des « *grandes souffrances* » à l'enfant (Message, p. 2467) résultant de « *procédures longues et pénible, qui représente une épreuve inutile [sic !]* » (Message, p. 2468). La **bataille procédurale** souvent sans merci que se sont livrés les parents s'est ici poursuivie au cours de *deux instances* et a été parfois – on l'a relevé (*supra*, n° 23) – caractérisée par des tentatives de **démonisation réciproque**, à des « *narratives de surenchère extrême* », selon le mot de Missing Children Switzerland (v. *supra*, II, n° 6 (iii)), qui ne peuvent qu'aggraver le déchirement de l'enfant, premier otage de cette guerre. Lorsque l'affaire parvient au Tribunal fédéral, l'enfant a déjà souffert considérablement et risque de toutes façons de souffrir après le prononcé de la décision, qu'elle ordonne le retour ou qu'elle renonce à l'ordonner.

Différents passages du Message à la LF-EEA semblent bien confirmer que la première intention du législateur, compte tenu du bien de l'enfant, était de parvenir à une solution *concertée* et lui épargner les procédures et en tout cas des solutions *judiciaires* : « Les discordes auxquelles donnent lieu les retours d'enfants sont très pénibles pour tous les intéressés **et peuvent dégénérer en procédures longues et coûteuses** » (p. 2461) ; «... si la discorde entre les parties est telle qu'on peut s'attendre **à ce que la procédure soit longue et pénible**, ce qui représente une épreuve inutile pour l'enfant » (p. 2464) ; « Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain que l'on obtiendra si l'on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un accord amiable. Non seulement on épargnera ainsi de **grandes souffrances à l'enfant...** » (p. 2469).

Car le dilemme – retour ou pas retour ? – si c'est un tribunal doit le trancher, ressemble furieusement à un **dilemme cornélien**, car il est tel que l'une et l'autre option risque d'avoir des **conséquences douloureuses**. Et donc, oui, l'intérêt de l'enfant a été, dans ces affaires controversées, malmené, mais le Tribunal fédéral est-il à blâmer ? Lorsque l'affaire parvient devant lui, l'atteinte au « *Kindeswohl* » est déjà profonde (cf. Message, p. 2472). Ce qui bien sûr n'exonère pas de l'obligation de s'attacher tant que bien que mal, mais avec des outils à **efficacité souvent limitée**, à en contenir la prolifération (v. *infra*, n° 12, (v)).

Un **dilemme cornélien** – ou *choix cornélien* ou *conflit cornélien* – implique « la notion d'un dilemme à **double contrainte extrême, complexe, ou impossible à résoudre**, entre deux valeurs contradictoires de philosophie morale aussi importantes l'une que l'autre, à l'origine d'un conflit psychique » (source : wikipedia).

- (iii) **Deux biais cognitifs supplémentaires** peuvent – de manière tout à fait naturelle, parce que parfaitement « *humaine* », et inconsciente (v. *supra*, II.4, n° 14) – affecter l'appréciation de la **doctrine suisse** et la conduire à (i) voir les choses d'une manière favorable au parent qui a été l'auteur de l'enlèvement vers la Suisse, qui est **souvent de nationalité suisse** (« *il est un des nôtres...* » : dans l'affaire helvético-britannique, helvético-mexicaine, helvético-italienne, c'était le cas), et, en tout cas, qui souhaite rester en Suisse avec l'enfant (c'est-à-dire devenir ou redevenir **résident suisse**) ; plus généralement (ii) à **se focaliser sur le côté « suisse »** de cette

affaire, laquelle est pourtant « *helvético-étrangère* », et de cette famille, qui est pourtant **helvético-britannique, italo-suisse, helvético-mexicaine** ; et par conséquent (iii) à ne pas tenir suffisamment compte du côté *bilatéral, bi-étatique, bi-territorial* et de l'« *autre* » côté impliqué, de l'autre État impliqué, du parent abandonné qui est très souvent parent étranger et ressortissant de l'État impliqué – britannique, italien, mexicain –, de sa détresse, et, plus encore, (iv) à ne pas tenir suffisamment compte du côté britannique, italien, mexicain de cet enfant, de la composante **identitaire** britannique, italienne, mexicaine de cet enfant, qui est une composante identitaire fondamentale de l'enfant en question.

- (a) Comme il l'a été évoqué plus haut (*supra*, II.4), une certaine tendance d'une **collectivité nationale, et de ses représentants**, à **solidariser avec le parent qui est membre de cette collectivité** – qu'elle soit *femme*, comme dans l'affaire helvético-britannique ou helvético-italienne, mais aussi *homme*, comme dans l'affaire **helvético-mexicaine** – est **très récurrente** et été à plusieurs reprises mise en lumière par la Cour européenne des droits de l'homme (v. par exemple l'affaire *Rinau c. Lituanie*, 14 janv. 2020, n° 10926/09) et c'est d'ailleurs la **source de bien de problèmes**. Il est aisé de supposer que la doctrine britannique, italienne, mexicaine – en gros nos collègues britanniques, italiens ou mexicains – auraient une appréciation **plus favorable** que celle que porte la doctrine suisse citée à l'égard des décisions du Tribunal fédéral qui renvoient en Angleterre, en Italie ou au Mexique les enfants protagonistes de ces terribles affaires en **faisant confiance aux tribunaux anglais, italiens et mexicains** pour qu'ils statuent sur la garde et lieu de résidence de cet enfant.

Quand le Professeur *Andreas Bucher*, grand spécialiste *suisse*, critique le Tribunal fédéral pour avoir ordonné le retour en Angleterre d'un enfant anglo-suisse (**ATF 5A_936/2016 du 30.01.2017**), il y a des chances que le Professeur *Paul Beaumont*, grand spécialiste *britannique*, approuverait ce même Tribunal fédéral d'en avoir décidé ainsi en faisant confiance à la justice anglaise.

Et de fait, dans les deux affaires où la Cour européenne des droits de l'homme a retenu la violation par la Suisse – il s'agit de *Carlson c. Suisse* et *Bianchi c. Suisse* – de ses obligations en lien avec la CLaH 80, c'était en substance pour avoir « *solidarisé* » avec le parent **suisse** (la *mère* dans les deux cas) et avoir ou bien **traité de manière discriminatoire le parent étranger** (M. Carlson, *américain*) lors de la procédure ayant abouti au refus du retour, ou bien agi de manière trop « **laxiste** » et « **passive** » lors de l'exécution de la décision de retour au détriment du parent étranger (M. Bianchi, *italien*) (v. *infra*, n° 56).

En revanche, dans les **trois affaires** où elle a été saisie par le parent ravisseur qui reprochait aux tribunaux suisses de l'avoir astreint au retour de l'enfant vers l'État partenaire (*Gajtani c. Suisse*, *Rouiller c. Suisse*, *S.N. et M.B.C.N. c. Suisse*), la CEDH a conclu que **les tribunaux suisses avaient fait une application de l'art. 13 al. 1 lit b et de l'art. 5 LF-EEA qui était conforme aux dispositions de l'art. 8 et 14 et partant conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant** (même si, dans deux de ces affaires, on pouvait penser qu'en général, le système de protection des enfants de ces pays, Macédoine et Thaïlande, est en moyenne un peu moins efficace qu'en Suisse : v., sur ces affaires, *infra*, n° 58).

- (b) Un troisième « *biais cognitif* » consiste en ce que cette doctrine suisse a pu étudier les enlèvements de l'étranger vers la Suisse **beaucoup plus que les enlèvements de Suisse vers l'étranger** (vers l'Italie, vers l'Angleterre, vers l'Espagne, etc.). Cela est, une fois plus, inévitable, car cette doctrine s'est

focalisée sur les décisions suisses, notamment du Tribunal fédéral, et les décisions suisses ne statuent que sur les **enlèvements de l'étranger vers la Suisse et on pas sur les enlèvements de la Suisse vers l'étranger**. Il appartient aux tribunaux anglais, italiens ou espagnols de statuer sur des enlèvements de Suisse vers l'Angleterre, l'Italie ou l'Espagne, etc. Or les enlèvements de Suisse vers l'étranger **sont environ deux fois plus nombreux que les enlèvements de l'étranger vers la Suisse.**

A ce sujet, v. les statistiques figurant le « *Schlussbericht* », p. 112.

Il est utile d'avoir à l'esprit que les deux phénomènes – enlèvement de Suisse vers un autre État partenaire et enlèvement d'un État partenaire vers la Suisse – sont deux composantes du **même phénomène** - enlèvement des enfants ayant un lien avec la Suisse – et constituent les « **deux côtés de la même médaille** » et que l'un est solidaire de l'autre. Or il y a lieu de penser que les mêmes auteur-e-s helvétiques qui semblent regretter le fait que les tribunaux suisses et notamment le Tribunal fédéral aient ordonné, dans telle ou telle affaire, le rapatriement l'enfant vers l'Angleterre, l'Italie ou l'Espagne, approuveraient, dans les **situations réciproques**, la démarche des tribunaux de ces États partenaires (britanniques, italiens, espagnols) **ordonnant le rapatriement vers la Suisse des enfants** qui ont vécu en Suisse jusqu'à l'enlèvement et que le parent étranger – typiquement une mère anglaise, italienne ou espagnole, en situation de détresse – a enlevés de Suisse vers l'Angleterre, vers l'Italie ou l'Espagne « en fraude » du droit de garde du parent suisse. C'est-à-dire que nous souhaitons, en Suisse, avoir la liberté, **dans de telles ou telles circonstances**, de ne pas restituer les enfants enlevés vers la Suisse – notamment issues d'un parent suisse, mère mais aussi père – ; mais nous souhaitons, dans les circonstances, **réciproques, que les autres États soient astreints à rapatrier chez nous les enfants qui ont été enlevés de Suisse ou, en tout cas, nous ne nous indignons bien sûr pas s'ils le font**. Et on peut penser que ce « **deux poids, deux mesures** » **ou ce « double discours »** n'est pas en adéquation avec le principe de l'égalité souveraineté des États, et, surtout avec l'esprit du **multilatéralisme** et de cet instrument multilatéral qu'est la Convention de La Haye de 1980.

49. La lecture des décisions du Tribunal fédéral et d'un échantillon de décisions cantonales font penser qu'il est difficile de partager l'évaluation **plutôt négative entretenue par certains auteurs** de la jurisprudence suisse et spécialement du Tribunal fédéral. Nous aurions plutôt tendance à conclure que **cette jurisprudence a mis en œuvre l'article 5 LF-EEA d'une manière qui paraît, dans l'ensemble, compatible avec les précisions qu'il apporte à l'article 13 al. 1 lit b) CLaH 80, compte tenu également des obligations internationales** qui résultent de cette Convention à la charge de la Suisse en tant qu'État contractant, et partant de ses autorités, y compris judiciaires, particulièrement de sa cour suprême.

50. Nous serions toutefois également enclins à retenir qu'un **potentiel d'amélioration existe**. On prendra la liberté de résumer ci-dessous les **quelques mesures suivantes, déjà évoquées**.

- (i) Il serait utile de s'interroger sur la pertinence de maintenir, dans les **motifs** des décisions, les quelques passages suivants :
 - (a) « **le parent ravisseur ne doit tirer aucun profit de son comportement illégal** » : ce passage ne paraît pas strictement nécessaire pour justifier une décision ordonnant le retour, sa connotation « *punitive* » peut paraître délicate, en raison de la **détresse humaine** qui pousse parfois un parent – souvent la mère, parent de référence – à enlever son enfant, détresse qui elle-même

résulte de la **perception d'un traitement inéquitable** ou pas suffisamment équitable que lui ont réservé ou vont lui réserver les autorités de l'État co-intéressé, notamment quant à son projet de « *relocation* » c'est-à-dire de déménagement avec l'enfant vers la Suisse, de déplacement *licite* ;

- (b) « **le retour concerne l'enfant et non pas le parent ravisseur** » et éventuellement aussi « **le retour peut entraîner une séparation de l'enfant de son parent de référence** » : de tels passages ne paraissent pas non plus strictement nécessaires pour justifier une décision prescrivant le retour, et ils peuvent paraître, aux yeux des justiciables et des commentateurs, ambigus en ce qu'ils semblent admettre trop facilement la séparation d'un enfant de plus de deux ans de son parent de référence, ce qui ne correspond pas vraiment à l'intention des tribunaux, sans compter le lien que peut se créer dans l'esprit de certains entre cette affirmation et la page sombre de l'histoire suisse que constituent les *placements forcés* des enfants entre 1850 et 1980.
- (ii) Il serait utile de s'interroger sur la pertinence d'ajouter quelques mots **à l'article 5 lettre a) LF-EEA** de manière à préciser que, afin de s'assurer que le placement auprès du parent requérant n'est pas « manifestement » incompatible « avec l'intérêt de l'enfant », il y a lieu de tenir compte « **notamment de la relation respectueuse que le parent ravisseur et le parent requérant ont nouée avec l'enfant, de l'âge de celui-ci [et des habitudes de vie du parent requérant]** ».
- (iii) On peut également se demander s'il ne faudrait pas renforcer le principe de l'établissement, y **compris d'office**, des faits qui peuvent faire échec au retour, et du principe de la **maxime inquisitoire illimitée**, même s'il faut reconnaître que le « *Guide des bonnes pratiques* » relatif à l'article 13(1)(b) est, à ce sujet, plus réservé.

« The 1980 Convention provides for very few procedural and evidentiary rules. These matters are left to the *lex fori*, i.e., the law of the requested State where the court is located. **This includes rules regarding the standard (or quantum) of proof.** However, the question of the burden of proof is addressed explicitly in the Convention.

i. Burden of proof. The burden of establishing the exception rests on the person, institution or other body which opposes the child's return, hence, in most cases, on the taking parent. Even if a **court ex officio gathers information** or evidence (in accordance with domestic procedures), or if the person or body which has lodged the return application is not actively involved in the proceedings, the **court must be satisfied that the burden of proof to establish the exception has been met by the party objecting to return** ».

Guide to Good Practice under the 1980 Convention, Part VI, Article 13(1)(b), point 50 et 51.

- (iv) Il y a lieu, en tout cas, de s'interroger sur la pertinence de favoriser la recherche, y compris d'office, d'une **collaboration active avec les autorités de l'État partenaire** – selon les encouragements du Message (v. FF 2007 2434) – et leur **solliciter des assurances, au besoin la prise de mesures adéquates**, compte tenu du principe de célérité, notamment
- (a) en cas de doutes persistantes sur le risque de poursuites pénales aboutissant à une **mise en détention du parent ravisseur**, y compris si la probabilité ne paraît pas très élevée (v. *supra*, n° 12) ;
- (b) en cas de doutes persistantes sur le risque de danger physique ou physique grave auquel le retour pourrait **exposer le parent ravisseur**, y compris si la probabilité ne paraît pas très élevée (v. *supra*, n° 15) ;

- (c) en cas de risque que le tribunal de l'État partenaire prononce une **décision « punitive »** sur la garde en la retirant au parent ravisseur, pourtant parent largement de référence et qui l'avait eu et exercé jusque-là, de manière à éviter qu'un tel retrait soit effectivement prononcé par le tribunal de l'État partenaire, et si une telle décision a été effectivement prononcée, en vue de solliciter un échange de vue au sujet de la pertinence de **reconsidérer une telle mesure**, qui pourrait empêcher le tribunal suisse de prononcer le retour, ce qui aboutirait à rendre la décision de l'État partenaire sur la garde largement inopérante et partant inutile (v. *supra*, n° 34) ;
- (v) Il conviendrait de prendre conscience des possibilités – sur lesquelles attirent l'attention le Message à la LF-EEA et le « Rapport complémentaire » établi par le Professeur Bucher en complément du « Rapport final » de la Commission d'experts, 6 déc. 2005, p. 42 – que la CLaH 96, entrée en vigueur en Suisse en même temps que la CLaH 96, offre de coordination inter-juridictionnelle **postérieure à la décision ordonnant le retour ou renonçant à l'ordonner-**
- (vi) Il conviendrait, par conséquent, de s'interroger sur l'utilité qu'il y aurait à ce que si la décision *ordonne* le retour, et que **les circonstances le requièrent**, le tribunal suisse qui ordonne le retour, notamment au moyen d'un rapport séparé, adresse au tribunal de l'État partenaire, **toute observation pertinente sur la manière dont il y a lieu, de son point de vue, de régler le conflit inter-parental**, en analogie avec l'article 35 al. 2 CLaH 96.
- (vii) Il conviendrait aussi de s'interroger sur l'utilité qu'il y aurait à ce que, si la décision *n'ordonne* pas le retour, le **tribunal suisse compétent, lorsque les circonstances le requièrent, prenne contact avec le tribunal de l'État partenaire**, si celui-ci a été saisi d'une procédure sur la garde, en analogie avec ce que prévoit le Règlement Bruxelles II-*bis* et Règlement Bruxelles II-*ter*, pour **prévenir ou surmonter un conflit de décisions** entre les deux États partenaires et les **conséquences désastreuses, et manifestement contraires à son intérêt supérieur**, pour l'enfant et la famille, qui en résultent aussi longtemps qu'un tel conflit subsiste. Désormais otage non seulement du conflit entre sa mère et son père mais **également du conflit entre les deux États, souvent l'État de sa mère (« mère-patrie ») et l'État de son père (« Vaterland »)**, l'enfant risque de ne plus pouvoir ne serait-ce que pour quelques jours se déplacer du territoire de la Suisse vers le territoire de l'État partenaire de la Suisse, pour y retrouver le parent abandonné, car il risquerait d'être interpellé et confié au parent abandonné en exécution de la décision sur la garde prise par le tribunal de cet État, où il a souvent vécu pendant plusieurs années (il y avait sa résidence habituelle avant d'être déplacé *a priori* illicitement) et dont il tient la nationalité, parfois la seule nationalité (comme dans l'affaire franco-suisse qui a donné lieu à ATF 5A_650/2020 et franco-espagnole : v. ci-dessous).

Dans l'affaire **helvético-espagnole**, très médiatisée, ayant pour protagonistes deux jumeaux espagnols déplacés d'abord par leur mère, de la région de **Madrid où ils avaient vécu jusque-là vers la Chaux-de-Fonds, puis par leur père, de la Chaux-de-Fonds vers la France** (ce contre-enlèvement, à destination de l'Espagne, a été déjoué par la police française à quelques dizaines de kilomètres de la frontière franco-espagnole), le Tribunal cantonal de Neuchâtel n'a pas ordonné le retour et le Tribunal fédéral l'en a approuvé (par un ATF du 25 avril 2023, qui a fait beaucoup parler de lui : v. RTS, *Les jumeaux au cœur d'une histoire d'enlèvement pourront rester en Suisse avec leur mère, tranche le TF*, 14 mai 2023). Aussi longtemps cependant que, pour les tribunaux espagnols, les enfants doivent revenir en Espagne et être confiés à la garde de leur père, et que les tribunaux suisses et espagnols **ne parviennent en conséquence pas à mettre de côté leurs divergences quant à l'appréciation de l'intérêt de ces enfants**, ces enfants, qui sont espagnols *uniquement* (leur mère est espagnole, tout comme leur père) ne pourront plus remettre leurs pieds en Espagne,

pays où ils ont pourtant vécu pendant plusieurs années et qui est celui de leur langue maternelle et paternelle à la fois, où vivent la quasi-totalité de leurs tantes, oncles, cousins et cousines, et où ils ont dès lors des attaches solides. Le père, s'il veut voir ses deux enfants, devra à chaque fois se rendre en Suisse et il y serait probablement surveillé par des tiers (et on imagine bien la qualité de la relation que les enfants peuvent maintenir avec lui).

Dans l'affaire **Neulinger**, Noam Shuruk, depuis son enlèvement vers la Suisse – intervenu quand il était âgé de trois ans – et jusqu'à la majorité (pendant donc 15 ans !), **a été victime du conflit entre la Suisse et Israël sur le lieu de résidence et la garde** : pour la Suisse, à la suite de la décision de la Grande-Chambre de la CEDH, c'est la mère, résidant Suisse, qui la détient régulièrement et Noam peut vivre en Suisse ; selon une décision israélienne qui a été semble-t-il en vigueur pendant tout ce temps (*dixit* Isabelle Neulinger au cours d'un entretien au mois de septembre 2018), la mère est certes le parent gardien mais uniquement si elle accepte de vivre avec Noam en Israël, à défaut, l'enfant sera confié au père qui réside en Israël ou au besoin une famille d'accueil en Israël. A cause du bras de fer entre les deux États dont il est en quelque sorte l'enfant, **Noam n'a donc jamais pu remettre son pied en Israël**, pays où il est né, dont il tient la nationalité, et son patronyme (Shuruk), et où se situe une partie de son histoire, de son identité, y compris religieuse (ses deux parents sont juifs), et ne serait-ce que pour quelques jours, et pour rendre visite à son père, à ses grands-parents paternels, à ses demi-frères et demi-sœurs (entre temps, son père s'est remarié, à deux reprises, et a eu des enfants) etc.

Les tribunaux des deux États co-intéressés pourraient notamment vérifier

- a. s'il y a lieu d'encourager *ensemble* les parties à se soumettre à une médiation, au besoin avec l'assistance des Autorités centrales des deux États, et notamment à **une co-médiation** pour surmonter le conflit de décisions ou conjurer le risque d'un tel conflit de décisions ;
- b. si le tribunal de cet État accepte que la **résidence habituelle de l'enfant pertinente au sens de l'article 5 ClAH 96** se trouve désormais en Suisse auquel cas le tribunal suisse pourrait se prononcer sur la garde, fixer la résidence de l'enfant en Suisse mais les droits de visite à exercer sur le territoire de l'État partenaire ;
- c. s'il accepte un **transfert de compétence** au sens de l'art. 9 de la ClAH 96 ;
- d. s'il est possible de parvenir à un accord, y compris avec les juges de liaison des deux États co-intéressés, à incorporer dans **deux décisions identiques**, au sujet de la garde et des droits de visite qui permettent à l'enfant de se déplacer librement entre les territoires des deux États.

Voici donc une modification de l'article 5 et de l'article 10, lié à celui-ci, dans le sens de ce qui a été évoqué :

Art. 5 Retour et intérêt de l'enfant

Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al. 1, let. b, ClAH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant, **compte tenu notamment de la relation respectivo que le parent ravisseur et le parent requérant ont noué avec l'enfant, de l'âge de celui-ci [et des habitudes de vie du parent requérant]** ;
- b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui ;
- c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Art. 10 Collaboration internationale

¹ Le tribunal collabore autant que nécessaire avec les autorités de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement.

² Il vérifie, au besoin avec la collaboration de l'autorité centrale, si et de quelle manière il est possible d'exécuter la décision ordonnant le retour de l'enfant dans l'État dans lequel il avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement.

³ **Lorsque le tribunal ordonne le retour, et si les circonstances le requièrent, il adresse au tribunal de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement, s'il a déjà été saisi, toute observation pertinente sur la manière dont le conflit entre les parents au sujet de la garde pourrait être résolu.**

³ **Lorsque le tribunal n'ordonne pas le retour, et si les circonstances le requièrent, notamment lorsque le tribunal de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement a prononcé une décision confiant la garde au parent requérant, il vérifie, au besoin avec la collaboration de l'autorité centrale, et du réseau d'experts,**

- a. **s'il y a lieu d'encourager ensemble les parties à se soumettre à une médiation, au besoin avec l'assistance des autorités centrales des deux États, et notamment à une co-médiation ;**
ou
- b. **si le tribunal de cet État accepte que la résidence habituelle de l'enfant pertinente au sens de l'article 5 ClAH 96 se trouve désormais en Suisse**
ou
- c. **s'il accepte un transfert de compétence au profit des autorités suisses au sens de l'article 9 de la ClAH 96 ;**
ou, à défaut,
- d. **s'il est possible, y compris par l'intermédiaire des Autorités centrales et des juges de liaison des deux États, de parvenir à un accord au sujet de la garde, du lieu de résidence, et des droits de visite.**

VII. Jurisprudence suisse et jurisprudence de la CEDH

51. La Cour de Strasbourg a été souvent appelée à statuer sur des recours (techniquement « *requêtes* ») formés à l'encontre des États dont les autorités – judiciaires, administratives et d'exécution – avaient dû mettre en œuvre la Convention de La Haye de 1980. Forte d'une **cinquantaine de décisions au moins, dont six au moins statuant sur des requêtes dirigées contre la Suisse**, cette jurisprudence, qui s'épaissit chaque année, rend manifeste que

- (i) les dernières instances nationales **ne sont en définitive pas**, dans les pays membres du Conseil de l'Europe, les dernières instance d'application de la ClAH 80, car leurs propres décisions peuvent faire l'objet de recours devant la Cour de Strasbourg ;
- (ii) les tribunaux nationaux jusqu'aux cours suprêmes nationales, les Autorités centrales et les autorités nationales d'exécution peuvent, en traitant des cas d'enlèvement internationaux d'enfant, **décider ou agir d'une manière qui viole la Convention européenne des droits de l'homme** et notamment qui viole les droits fondamentaux – le plus souvent le *droit au respect de la vie privée et familiale* (art. 8), le *droit à un procès équitable* (art. 6), le *droit à ne pas être traité de façon discriminatoire* (art. 14) – de l'un ou de **l'autre des êtres humains concernés, le plus souvent le parent abandonné, le parent ravisseur et l'enfant.**

Ici une liste non exhaustive des affaires les plus importantes :

CourEDH, 12 avril 1996, Affaire *Dazin c. France*, n°28655/95.
CourEDH, 25 janvier 2000, Affaire *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n°31679/96.
CourEDH, 29 avril 2003, Affaire *Iglesias GIL et A.U.I. c. Espagne*, n°56673/00.
CourEDH, 24 juillet 2003, Affaire *Sylvester c. Autriche*, n°36812/97 et 40104/98.
CourEDH, 2 septembre 2003, Affaire *Guichard c. France*, n°56838/00.
CourEDH, 26 septembre 2003, Affaire *Maire c. Portugal*, n°48206/99.
CourEDH, 6 décembre 2005, Affaire *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, n°14600/05.
CourEDH, 15 mars 2006, Affaire *Karadžić c. Croatie*, n°35030/04.
CourEDH, 22 juin 2006, Affaire Bianchi c. Suisse, n°7548/04.
CourEDH, 6 décembre 2007, Affaire *Maumousseau et Washington c. France*, n°39388/05.
CourEDH, 30 décembre 2008, Affaire *Koons c. Italie*, n°68183/01.
CourEDH, 8 janvier 2009, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n°41615/07.
CourEDH, 6 février 2009, Affaire Carlson c. Suisse, n°49492/06.
CourEDH, 22 décembre 2009, Affaire *Stochlak c. Pologne*, n°38273/02.
CourEDH, 3 mars 2010, Affaire *Zaunegger c. Allemagne*, n°22028/04.
CourEDH, 6 juillet 2010, Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse, n°41615/07
CourEDH, 2 novembre 2010, Affaire *Serghides c. Pologne*, n°31515/04
CourEDH, 1er mai 2011, Affaire *Karoussiotis c. Portugal*, n°23205/08.
CourEDH, 26 juillet 2011, Affaire *Shaw c. Hongrie*, n° 6457/09.
CourEDH, 17 août 2011, Affaire *Kučuk c. Turquie et Suisse*, n°33362/04.
CourEDH, 12 octobre 2011, Affaire *Sneersone and Campanella c. Italie*, n°14737/09.
CourEDH, 12 février 2012, Affaire *Karrer c. Roumanie*, n°16965/10.
CourEDH, 10 juillet 2012, Affaire *B c. Belgique*, n°4320/11.
CourEDH, 17 janvier 2013, Affaire *Chabrowski c. Ukraine*, n°6180/10.
CourEDH, 13 février 2013, Affaire *Anghel c. Italie* (no 5968/09)
CourEDH, 4 mars 2013, Affaire *Ozmen c. Turquie*, n°28110/08.
CourEDH, 18 juin 2013, Affaire *Povse c. Autriche*, n°3890/11.
CourEDH, 26 novembre 2013, Affaire *X c. Lettonie*, n°27853/09.
CourEDH, 1er octobre 2014, Affaire *Blaga c. Roumanie*, n°54443/10.
CourEDH, 9 novembre 2014, Affaire Gajtani c. Suisse, n° 43370/07.
CourEDH, 10 février 2015, Affaire *Penchevi c. Bulgarie*, n°77818/12.
CourEDH, 10 octobre 2015, Affaire *Vujica c. Croatie*, n° 56163/12.
CourEDH, 22 octobre 2014, Affaire Rouiller c. Suisse, n°3592/08.
CourEDH, 15 avril 2015, Affaire *M.A. c. Autriche*, n°4097/13.
CourEDH, 21 octobre 2015, Affaire *R.S. c. Pologne*, n°63777/09.
CourEDH, 2 février 2016, Affaire *N.Ts. et autres c. Géorgie*, n° 71776/12
CourEDH, 21 sept. 2017, Affaire *Sévère c. Autriche*, n° 53661/15
CourEDH, 1er mai 2018, Affaire *M.K. c. Grèce*, n°51312/16.
CourEDH, 6 juin 2018, Affaire *Royer c. Hongrie*, n°9114/16.
CourEDH, 6 mai 2019, Affaire *O.C.I. et autres c. Roumanie*, n°49450/17.
CourEDH, 10 octobre 2019, Affaire *Lacombe c. France*, n°23941/14.
CourEDH, 14 janvier 2020, Affaire *Rinau c. Lituanie*, n°10926/09.
CourEDH, 7 juillet 2020, Affaire *Michnea c. Roumanie*, n°10395/19.
CourEDH, 15 juin 2021, Affaire *Y.S. et O.S. c. Russie*, n° 17665
CourEDH, 23 février 2022, Affaire S.N. et M.B.N. c. Suisse, n°12937/20

52. D'un grand intérêt, cette jurisprudence **n'est toutefois pas toujours facile à suivre et à assimiler**, et ce pour plusieurs raisons.

- (i) Les juges qui siègent à la Cour de Strasbourg sont parfois et même assez souvent **en désaccord entre eux** quant à la question de savoir si les autorités de l'État défendeur ont, dans un cas particulier, violé ou non la Convention européenne des droits de l'homme, **comme l'attestent d'importantes et vigoureuses opinions dissidentes**, et même au sujet des motifs qui justifient le constat d'une violation ou d'une non-violation, comme en attestent d'importantes **opinions concordantes mais séparées**.

Dans le cas peut-être le plus célèbre, **Neulinger c. Suisse** (requête n° 41615/07), la majorité des juges siégeant à la *Grande Chambre* (qui a prononcé son arrêt le 6 juillet 2010), d'une part, 1) n'était pas d'accord avec l'opinion de la majorité des juges siégeant à la *Chambre* (qui avait prononcé son arrêt le 8 janvier 2009 à

majorité de quatre sur sept ; chacun des trois autres juges avait rédigé une opinion dissidente) et 2) n'était pas d'accord avec le juge dissident siégeant dans cette même *Grande Chambre* et ayant rédigé une opinion dissidente ; la décision de la *Grande Chambre* est au surplus assortie de trois opinions concordantes et d'une opinion séparée commune.

(ii) Certains passages-clés inscrits dans l'« appréciation de la Cour » de certaines décisions-clés **ne sont pas toujours aisément réconciliables entre eux.**

(a) L'accent est tantôt mis sur l'importance du **mécanisme du « retour immédiat »** et du « rétablissement du *statu quo ante* », du « *traitement urgent* », de la « *célérité de la procédure* », et de la **conformité à l'intérêt de l'enfant de ces mécanismes**, et au respect du droit du parent abandonné à la réintégration de la vie familiale, sur l'« *interprétation stricte* » des exceptions au retour, sur l'importance d'une mise à exécution *rapide et efficace* de la décision qui ordonne le retour, du fait que l'opinion exprimée par l'enfant peut ne pas être suivie, etc.

(b) L'accès est mis tantôt sur l'importance de l'analyse des exceptions au retour, sur le fait que le « *retour ne saurait être ordonné de manière automatique ou mécanique* », qu'une **prise en considération sérieuses des allégations du parent ravisseur** est nécessaire – notamment en ce qui concerne l'article 13 al. 1 lit b) : risque de danger physique ou psychique grave ou autre situation intolérable – de la nécessité d'une instruction adéquate et d'une motivation circonstanciée, de la nécessité de prendre en considération l'opinion de l'enfant.

Le Professeur Bucher fait, par exemple, grief à la CEDH d'avoir, dans l'affaire *S.N. et M.B.N c. Suisse*, jugé d'une manière « *étonnante et contraire à sa propre jurisprudence* » : « Dans l'affaire de la Thaïlande, le Tribunal fédéral s'est contenté des assurances fournies par l'Office de l'avocat général de la Thaïlande, garantissant que l'enfant aurait accès au Ministère public afin d'être en sécurité et que, par ailleurs, les mesures éventuellement prises dépendaient du contexte (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, consid. 4.1.1, SRIEL 2020 p. 436). Il s'agissait d'assurances abstraites, impossibles à mettre en œuvre concrètement au moment du retour de l'enfant. **Pour la CEDH, étonnamment et contrairement à sa propre jurisprudence, c'était suffisant** (arrêt du 23 novembre 2021, no 12937/20)... » (A. Bucher, *Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille*, SRIEL 2022 p. 233 ss, 248).

(iii) Si la Cour rappelle volontiers que l'intérêt de l'enfant est la **considération primordiale**, c'est, dans la grande majorité des cas, un parent – père ou mère – qui invoque la violation (en tout cas également) de **son propre droit au respect de la vie et familiale, au procès équitable, et au traitement non-discriminatoire**. Si une violation est constatée par la Cour, c'est le **droit du parent qui a formé la requête qui est violé**, en tout cas *aussi*, à côté du droit de l'enfant au nom duquel le parent a pu agir.

Il arrive par conséquent que, au cas où le retour n'est pas ordonné ou n'est pas exécuté, la décision des autorités judiciaires de ne pas l'ordonner ou la décision des autorités d'exécution de ne pas l'exécuter est **jugée conforme au droit de l'enfant, et à l'intérêt de l'enfant**, compte tenu également du passage du temps et de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, **mais que la Cour constate que autorités de l'État défendeur ont tout de même violé les droits du parent abandonné** et que celui-ci a le droit d'être indemnisé (v. entre bien d'autres, *Raw c. France*, cité *infra*, n° 58 (iv)).

53. Le Tribunal fédéral évoque la Convention européenne des droits de l'homme, et **certains** des décisions que la Cour de Strasbourg a rendu en matière d'enlèvement d'enfants, dans environ **un tiers** des décisions qu'il a rendu au sujet de l'article 5 LF-EEA. **Ce nombre de décisions, qui peut paraître modeste**, s'explique probablement par le fait que le Tribunal fédéral s'en tient largement aux griefs articulés par le recourant ou la recourante et aux dispositions sur lesquelles ils s'appuient et que les avocat-e-s qui les assistent ne connaissent pas toujours la jurisprudence de la Cour de Strasbourg au sujet de la Convention de La Haye de 1980. On notera au surplus que :

- (i) le plus souvent, c'est la violation de l'**article 8 ConvEDH**, respect du droit à la vie privée et familiale, qui est invoquée ;
- (ii) la violation de l'**article 6 ConvEDH**, consacrant droit au procès équitable et interdiction du déni de justice, et la violation de l'**article 14 ConvEDH**, consacrant l'interdiction de discrimination, sont invoquées plus rarement et jamais seules, mais conjointement aux dispositions homologues de la Constitution fédérale.

54. Dans **aucune des affaires** examinées où elle a été alléguée par le recourant – il s'agissait le plus souvent du parent ravisseur –, **la prétendue violation de la CEDH dont se serait rendu coupable le tribunal cantonal n'a été retenue par le Tribunal fédéral**. Autrement dit, le **Tribunal fédéral a toujours écarté** le grief que le recourant et le plus souvent le parent ravisseur avait tiré d'une prétendue violation par le tribunal cantonal de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. Il n'est pas inutile de fournir une sélection des décisions fédérales les plus significatives à ce sujet.

Affaire helvético-bélarusse : 5A_930/2014 du 23.12.2014 cons. 6.1.4

« Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après: CEDH), **les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive** (arrêt de la CEDH du 22 juillet 2014, Rouiller contre Suisse, n° 3592/08 § 67 p. 16); dans le contexte du rapatriement d'un enfant déplacé illicitement, aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'État requis, cette question demeurant de la compétence des juges du pays de provenance de l'enfant, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (art. 16 et 19 CLaH80; arrêts 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 5.1.1 et les références). La jurisprudence de la cour de céans **n'a pas été contredite par la CEDH**, qui, dans un arrêt de la Grande Chambre du 26 novembre 2013, dans l'affaire *X. contre Lettonie* (n° 27853/09), puis à nouveau dans un arrêt du 22 juillet 2014 dans l'affaire *Rouiller contre Suisse* (n° 3592/08), a reconnu que - contrairement à ce qui avait été retenu dans son arrêt *Neulinger contre Suisse* (n° 41615/07) - il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce (arrêt 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 6.2.3) ».

Affaire franco-suisse, 5A_584/2014 du 03.09.2014 cons. 6.2.3

« Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après: CEDH), **les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive** (arrêt de la CEDH du 22 juillet 2014, Rouiller contre Suisse, n° 3592/08 § 67 p. 16); dans le contexte du rapatriement d'un enfant déplacé illicitement, **aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'État requis, cette question demeurant de la compétence des juges du pays de provenance de l'enfant, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal** (art. 16 et 19 CLaH80; arrêts 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 5.1.1; 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A_637/2013 du 1er

octobre 2013 consid. 5.1.2). La jurisprudence de la cour de céans n'a pas été contredite par la CEDH, qui, dans un arrêt de la Grande Chambre du 26 novembre 2013, dans l'affaire X. contre Lettonie (n° 27853/09), puis à nouveau dans un arrêt du 22 juillet 2014 dans l'affaire Rouiller contre Suisse (n° 3592/08), **a reconnu que – contrairement à ce qui avait été retenu dans son arrêt Neulinger contre Suisse (n° 41615/07) – il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce** ».

Affaire helvético-tchèque, 5A_246/2014 du 28.04.2014 cons. 3.1

« Mit ihren Ausführungen spielt die Kindesvertreterin auf den Fall Neulinger an, in welchem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR, Grosse Kammer, Nr. 41615/07, Entscheid vom 6. Juli 2010) befunden hat, **dass eine vertiefte Analyse der familiären Situation vorzunehmen und die auf dem Spiel stehenden Interessen aller Beteiligten** (Kind, Entführer, zurückgebliebener Elternteil) umfassend gegeneinander abzuwägen seien, wobei sich das Gericht dabei stets vom Kindeswohl leiten lassen müsse, welches sich anhand der von vielen Faktoren abhängigen persönlichen Entwicklung des Kindes bemesse (Rz. 134 und 138 f.). **Damit würde der Rückführungsrichter über die Regelung im HKÜ hinweg quasi zum Sorgerechtsrichter, obwohl diese materiellen Entscheidkompetenzen allein dem Zivilrichter im Herkunftsstaat zustehen** (Art. 16 und 19 HKÜ). **Im Entscheid X. gegen Lettland hat der EGMR (Grosse Kammer, Nr. 27853/09, Entscheid vom 26. November 2013) seine Neulinger-Rechtsprechung denn auch wieder zurückgenommen**, indem er anerkannte, dass es entgegen dem, was im Urteil Neulinger festgehalten worden sei, nicht darum gehe, gewissermassen in vertiefter Prüfung eine Gesamtschau vorzunehmen und einen materiellen Entscheid zu fällen (Rz. 101, 103 ff.), **sondern sich aus Art. 8 EMRK bloss die Verpflichtung der nationalen Gerichte ergebe, im Rahmen des Mechanismus des HKÜ** (dazu Rz. 97) nicht nur die eine Rückführung begründenden Elemente, **sondern auch die geltend gemachten Ausschlussgründe zu prüfen und genügend zu motivieren** (Rz. 106), dies im Lichte des Kindeswohls (Rz. 101, 106) und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, wobei der Ausschlussgrund restriktiv auszulegen sei (Rz. 107). **Diesen Begründungsanforderungen ist das Obergericht in seinem 30-seitigen Entscheid nachgekommen. Es hat sich zu allen relevanten Faktoren ausführlich geäußert und diese ins System des HKÜ eingebettet** ».

Affaire helvético-nordirlandaise : 5A_617/2015 du 24.09.2015 cons. 3.3.2 ss

« 3.3.2. La ricorrente rimprovera **pure all'autorità inferiore di aver leso l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e la convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo** (RS 0.107).

3.3.2.1. Citando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'insorgente sostiene che in concreto il Tribunale d'appello avrebbe **sopresseduto ad un'adeguata analisi delle sue obiezioni circa il rischio cui sarebbe esposta la minore in caso di ritorno in Irlanda del Nord presso** il padre e senza la madre, e quindi ad un'esame concreto dell'interesse superiore della figlia, contravvenendo in tal modo all'art. 8 CEDU.

Nella sentenza X. *Contro Lettonia* del 26 novembre 2013 (v. anche le successive sentenze *Rouiller contro Svizzera* del 22 luglio 2014 e *Phostira Efthymiou e Ribeiro Fernandes contro Portogallo* del 5 febbraio 2015), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che – **contrariamente** a quanto ritenuto nella sua sentenza *Neulinger e Shuruk contro Svizzera* del 6 luglio 2010 – per emanare una decisione in materia di ritorno di un minore non occorre effettuare un esame approfondito della situazione completa, ma basta, **nel quadro del meccanismo della Carap, che le giurisdizioni nazionali esaminino e motivino in modo sufficiente gli elementi che depongono a favore del ritorno,**

così come gli invocati motivi di impedimento al rientro, alla luce dell'interesse superiore del minore e tenendo conto delle circostanze del caso di specie (sentenza 5°_930/2014 del 23 dicembre 2014 consid. 6.1.4 con rinvio).

Ora, in concreto non si può ritenere che la sentenza qui impugnata non sia conforme a tale giurisprudenza. Come già spiegato, il Tribunale d'appello non ha infatti omesso di trattare le obiezioni sollevate dalla ricorrente contro il ritorno della figlia in Irlanda del Nord, **bensì ha valutato che esse non realizzassero i presupposti delle eccezioni al rientro previste dalla Carap** (v. art. 12, 13 e 20 Carap), motivando tale suo giudizio alla luce della concreta fattispecie. La censura di violazione dell'art. 8 CEDU è infondata».

55. La relation – retenue par le Tribunal fédéral dans les décisions évoquées – entre les indications fournies par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Neulinger c. Shuruk* et les indications fournies par la même Cour dans l'affaire *X. c. Lettonie* a suscité les réserves des Professeurs Bucher et Papaux Van Delden. La Professeure **Marie-Laure Papaux van Delden** a, dans une longue contribution parue en 2022 à la *Revue du droit suisse* sur un sujet fort large : l'influence de la CEDH en droit des personnes physiques et de la famille – notamment signalé, à ce sujet, comme suit :

« Le TF s'est, dans un premier temps, mépris sur la portée de l'ACEDH *X c. Lettonie* en l'interprétant comme un renversement de la jurisprudence rendue dans l'ACEDH *Neulinger et Shuruk contre la Suisse* en 2010 ; il établit à tort qu'il suffisait, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant. Dans un second temps, le TF a quelque peu ajusté son interprétation de la jurisprudence de la CourEDH. Néanmoins, ultérieurement, en se fondant curieusement et de manière contradictoire exclusivement sur l'ACEDH *Neulinger et Shuruk* contre la Suisse, il est revenu à la suffisance d'un examen succinct des allégations de risque grave et de leur motivation. Ce **caractère limité de principe de l'examen n'est pas en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH** » (RDS, 2022 II, p. 244 s).

56. La relation entre ces deux grandes affaires a en effet suscité la **controverse dans bien d'autres pays**, comme l'attestent les **nombreuses études et publications en Europe** qui y ont été consacrées. Il ne semble pas nécessaire de s'y appesantir ici. On peut tout au plus de se demander s'il est nécessaire, pour les tribunaux helvétiques, y compris pour le Tribunal fédéral, **de parler encore aujourd'hui de « contrariété » entre les deux décisions**. Voici ce qui ressort du « *résumé juridique* » de la **décision X. c. Lettonie** proposé par les services de la Cour elle-même sous l'angle des **exigences que la Cour prescrit aux tribunaux nationaux d'observer**.

« A cet égard, pour parvenir à une interprétation harmonieuse de la Convention européenne et de la Convention de La Haye, les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye **doivent tout d'abord être réellement pris en compte par le juge requis**, qui doit rendre une **décision suffisamment motivée sur ce point**, et ensuite, être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne. Il en découle que l'article 8 de la Convention impose aux autorités nationales une **obligation procédurale**, en exigeant que, dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, une allégation défendable de « risque grave » pour celui-ci en cas de retour fasse l'objet d'un **examen effectif et d'une décision motivée**. Quant à la nature exacte du 'risque grave', l'exception prévue à cet égard par l'article 13 b) de la Convention de La Haye visait uniquement les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter ».

57. Quoiqu'il en soit de cette question, il semble plus utile, dans le cadre de la présente analyse, de s'intéresser aux requêtes soumises à la Cour de Strasbourg dirigées à **l'encontre de la Suisse**, aux autorités de laquelle les requérant-e-s reprochaient d'avoir, en mettant en œuvre la CLaH 80 de la manière dont elles l'avaient mise en œuvre en ces

affaires, violé la Convention européenne des droits humains. **Il s'agit d'évoquer six affaires.**

(i) La CEDH a retenu à **deux reprises** une violation de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que les autorités suisses **avaient enfreint les droits du parent « abandonné » qui avait sollicité le retour.** Il s'agit dans les deux cas de **décisions rendues antérieurement à l'entrée en vigueur de la LF-EEA ;** celle-ci visait entre *autres choses* à conjurer le risque de nouvelles condamnations de cette type.

(a) Dans une affaire **Carlson c. Suisse – CEDH 6 nov. 2008, n° 49492/06** – un ressortissant américain, père d'un enfant né aux Etats-Unis, avait été traité *de manière discriminatoire* dans une procédure de retour qui l'opposait à la mère suisse, la Cour de Strasbourg n'ayant pas été convaincue par la manière dont les autorités suisses avaient mené la procédure qui avait abouti à refuser le retour.

« Dans cette affaire, c'est l'**obligation de célérité** dans la mise en œuvre du retour de l'enfant aux Etats-Unis qui est essentiellement en jeu et il est donc opportun d'examiner l'affaire sous l'angle des obligations *positives* découlant de l'article 8 pour les juridictions internes.

Il convient de noter que l'article 16 de la Convention de la Haye commande de **suspendre la procédure sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit statué sur le retour de l'enfant.** Ainsi, la décision du tribunal de district de joindre les deux procédures est à la fois en contradiction avec les termes de la Convention de la Haye et a eu pour effet de **prolonger la procédure devant les instances internes chargées de statuer sur le retour de l'enfant enlevé.** En outre, le laps de temps entre le dépôt de la demande du requérant et la décision du président du tribunal de district ne cadre pas avec l'article 11 de la Convention de la Haye qui prévoit que les **autorités saisies procèdent d'urgence** en vue du retour de l'enfant, toute inaction dépassant les six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation. Par ailleurs, contrairement à ce qui découle clairement du libellé de l'article 13 de la Convention de la Haye, le président du tribunal de district a renversé la charge de la preuve et a imposé au requérant d'établir qu'il n'avait pas consenti ou acquiescé postérieurement au déplacement ou au non-retour de l'enfant. **Le requérant a donc été placé dans une nette position de désavantage dans la procédure relative au retour de l'enfant.** L'application correcte par la cour d'appel de l'article 13 précité n'est pas de nature à corriger la rupture de l'**égalité des armes** intervenue en première instance car les informations obtenues grâce au renversement de la charge de la preuve ne furent pas dépourvues de toute pertinence dans l'appréciation de la situation concrète par les juridictions internes.

Rappelant que dans un domaine aussi sensible que l'enlèvement d'un enfant il convient de faire preuve d'un degré de diligence et de prudence particulièrement élevé, **la Cour n'est pas convaincue que l'« intérêt supérieur » de C., entendu dans le sens d'une décision relative à sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel,** ait été pris en compte par les juridictions suisses lors de l'appréciation de la demande de retour en application de la Convention de la Haye. Étant donné que ces négligences n'ont pas été corrigées par les instances supérieures, **le droit du requérant au respect de sa vie familiale n'a pas été protégé de manière effective par les juridictions internes** » (source : résumé juridique fourni par HUDOC).

(b) Dans une affaire **Bianchi c. Suisse – CEDH 22 juin 2006, n°7548/04** – un ressortissant italien n'avait pas pu obtenir la mise à exécution de la décision des autorités du Canton de Lucerne qui avaient prononcé le retour de l'enfant

de Suisse vers l'Italie. La Cour de Strasbourg condamne la Suisse du fait de l'attitude des autorités d'exécution qui « **témoigne dans l'ensemble d'un certain laxisme, qui ne cadre ni avec l'objet et le but de la Convention de La Haye, ni avec son libellé particulièrement clair et rigoureux** », en raison de « *durée de la procédure devant les autorités du canton de Lucerne et la non-exécution de la décision du tribunal supérieur du 12 juillet 2004, qui ordonnait le retour de l'enfant en Italie* ».

« 99. Compte tenu de ce qui précède, la Cour admet que les autorités du canton de Lucerne ont entrepris, à partir de septembre 2004, de multiples démarches afin de localiser la mère et son fils. Elle estime néanmoins que **leur attitude, entre l'enlèvement de l'enfant et leur dernier contact avec la mère, le 15 août 2004, témoigne dans l'ensemble d'un certain laxisme, qui ne cadre ni avec l'objet et le but de la Convention de La Haye, ni avec son libellé particulièrement clair et rigoureux.**

Cette **passivité est à l'origine de la rupture totale des relations entre l'enfant et son père, qui dure depuis près de deux ans** et qui comporte, vu le très jeune âge de l'enfant, le risque d'une « aliénation » croissante entre les deux, aliénation qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, *mutatis mutandis*, *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 79, CEDH 2002-I).

Il s'ensuit qu'on ne saurait prétendre que le droit au respect de la vie familiale du requérant a été protégé de manière effective, comme le prescrit la Convention ».

(ii) Dans trois autres décisions, rendues **après l'entrée en vigueur de la LF-EEA**, la Cour de Strasbourg **n'a pas retenu de violation de la CEDH**. Il s'agissait, dans ces trois affaires, de décisions **ayant ordonné le retour de l'enfant**.

(a) Dans l'affaire **Gajtani c. Suisse – CEDH 9 nov. 2014, n° 43730/07** –, il y allait de la **non prise en considération de l'opposition de l'enfant au retour**, non donc de l'article 5 LF-EEA. Cette affaire sera évoquée en détail plus loin (*infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 27). Il est utile de reproduire ici la conclusion de l'analyse menée par la Cour de Strasbourg :

« 110. Dans la mesure où elle est compétente pour trancher la question, la Cour ne considère pas comme déraisonnable la conclusion du tribunal d'appel selon laquelle l'on ne pouvait prendre en compte les déclarations du fils de la requérante dans la décision sur le retour des enfants. **Elle estime que la décision de cette juridiction, intervenue sur la base de l'audition du fils par l'instance inférieure, est dûment appuyée sur une motivation circonstanciée** (*X c. Lettonie*, précité, § 107) ».

(b) Dans l'affaire **Rouiller c. Suisse – CEDH, 22 juillet 2014, n° 3592/08** – il y allait aussi de la **non prise en considération de l'opposition au retour de l'enfant** si bien qu'il en sera question plus loin (*infra*, ad art. 9 LF-EEA, n° 28). La conclusion dans le sens de la non-violation est formulée comme suit

« 74. Enfin, la Cour observe que les **juridictions internes ont motivé leurs décisions de manière suffisamment circonstanciée.**

75. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les juges internes **ont dûment pris en compte les allégations de la requérante et justifié leurs décisions par une motivation suffisamment circonstanciée au regard des exceptions posées par la Convention de La Haye** ».

(c) Dans l'affaire **S.N. et M.B.N. c. Suisse – CEDH, 23 novembre 2021, n° 12937/20** – était en cause, surtout, l'article 13 al. 1 lit b) et l'article 5 LF-EEA. Voici la conclusion :

« Compte de ce qui précède, l'on ne saurait prétendre que les tribunaux internes aient ordonné le retour de l'enfant de façon automatique ou mécanique. **Bien au contraire, dans une procédure contradictoire, équitable et orale, ceux-ci se sont basés sur les faits pertinents de l'affaire et ont dûment pris en compte tous les arguments des parties et ont rendu des décisions détaillées qui, selon eux, poursuivaient l'intérêt supérieur de l'enfant et ont permis d'exclure tout risque grave pour l'enfant.** Par ailleurs, les autorités compétentes ont entrepris des **démarches appropriées en vue de garantir la sécurité de l'enfant dans l'éventualité de son retour en Thaïlande** ».

58. Il semble bien qu'en conclusion, et après la lecture d'un échantillon de décisions du Tribunal fédéral, et d'un échantillon des décisions cantonales, l'on puisse tirer les constatations suivantes :

- (i) la **manière dont la procédure** qui a abouti à de telles décisions a été menée, dans ces affaires, au niveau cantonal et fédéral, **semble, en tout cas le plus souvent, conforme aux exigences élevées que prescrit la Cour de Strasbourg**, à l'instar de ce que la Cour de Strasbourg a constaté dans les trois affaires évoquées (*Gajtani c. Suisse, Rouiller c. Suisse et S.N. et M.B.N. c. Suisse*) ; cela vaut, en particulier, pour les décisions qui ont **prescrit le rapatriement de l'enfant aux termes de l'article 5 LF-EEA**, qui ont été celles qui ont suscité les controverses les plus vives.
- (ii) La **grande majorité des décisions analysées du Tribunal fédéral** semblent satisfaisantes aux **exigences élevées, de détail et de motivation circonstanciée, que prescrit la Cour de Strasbourg**, à l'instar de ce que la Cour de Strasbourg a constaté dans les trois affaires évoquées (*Gajtani c. Suisse, Rouiller c. Suisse et S.N. et M.B.N. c. Suisse*).
- (iii) La jurisprudence de la Cour de Strasbourg semble bien confirmer la pertinence et l'utilité du renforcement des démarches de **coordination et de collaboration internationale entre les autorités suisses et les autorités de l'État partenaire (v. supra ad art. 5 LF-EEA et infra ad art. 10 LF-EEA)**, et, **notamment en cas d'allégations de risque grave tirée d'une violence domestique**, quitte à assouplir l'exigence de la « confiance mutuelle », dont la Cour de Strasbourg a déclaré dans plusieurs décisions (v. p. ex. *O.C.I et autres c. Roumanie*) qu'elle n'est **plus suffisante** :

CourEDH, 6 mai 2019, Affaire *O.C.I. et autres c. Roumanie*, n°49450/17

« 46. However, in the Court's view, the existence of mutual trust between child-protection authorities does not mean that the State to which children have been wrongfully removed is obliged to send them back to an environment where they will incur a grave risk of domestic violence solely because the authorities in the State in which the child had its habitual residence are capable of dealing with cases of domestic child abuse. Nothing in the Hague Convention or in the Brussels II bis Regulation allows the Court to reach a different conclusion ; the Court considers that the domestic courts should have given more consideration to the potential risk of ill-treatment for the children if they were returned to Italy. They should have at least ensured that specific arrangements were made in order to safeguard the children. In the light of the above, and notwithstanding the principle of subsidiarity, the Court concludes that the domestic courts failed to examine the allegations of "grave risk" in a manner consistent with the children's best interests within the scope of the procedural framework of the Hague Convention ».

- (iv) La seule lecture de ces décisions, **en ce qu'elle ne permet pas de confirmer si une décision qui prescrit le retour a été exécutée ou non**, et si elle l'a été, comment elle l'a été, et, si elle ne l'a pas été, pourquoi elle ne l'a pas été, ne permet pas de savoir si les exigences de la Cour quant à une **mise à exécution réelle et efficace de la décision de retour** (dès lors que le retour a été ordonné) **tout en**

restant respectueuse du bien de l'enfant – mesures de coercition à l'égard de l'enfant réduites au minimum tolérable ; mais au besoin mesures efficaces imposant la *collaboration au parent ravisseur*, y compris moyennant la menace de sanctions pénales : v. en particulier, entre autres décisions de la CEDH, l'arrêt rendu dans l'affaire *Raw c. France* - **ont été respectées**.

Les passages les plus pertinentes de l'arrêt *Raw c. France*, 7 mars 2013, n°10131/11 selon le résumé disponible sur le site HUDOC sont les suivants :

« Dans un premier temps, les autorités françaises **ont déployé divers moyens pour convaincre le père des enfants de coopérer à l'organisation de leur retour en Grande-Bretagne**. Plusieurs réunions et rencontres furent organisées afin de préciser les conditions dans lesquelles l'exécution de la décision de retour allait se réaliser. Une entrevue entre les deux enfants et leur mère se déroula le 4 juin 2009 dans un lieu neutre, en présence d'un intervenant social, de leur père, d'un éducateur et de la psychologue qui les avait déjà rencontrés. Mère et fils devaient repartir ensemble dès l'après-midi en Grande-Bretagne mais la tentative de reprise de contact échoua en raison de la réaction négative des enfants. Le procureur général de la cour d'appel a alors considéré qu'en l'état, leur retour auprès de leur mère ne pouvait être réalisé. L'autorité centrale française poursuit néanmoins ses efforts, en collaboration avec l'autorité centrale d'Angleterre et du Pays de Galles. Cependant aucune mesure de nature à favoriser l'exécution de l'arrêt du 16 avril 2009 ne fut prise entre l'automne 2009 et le 29 avril 2010, date à laquelle l'autorité centrale française invita vainement le père à prendre contact avec elle en vue d'une rencontre, et il ne ressort pas du dossier que les autorités aient par la suite fait des démarches significatives.

Le choix des autorités de privilégier la voie de la coopération et de la négociation n'est pas mis en cause, d'autant moins que l'article 7 de la Convention de La Haye met l'accent sur la nécessité de rechercher une solution amiable. La décision du procureur général près la cour d'appel de juin 2009 et réitérée en avril et en août 2010 de ne pas procéder à l'exécution forcée de l'arrêt du 16 avril 2009 et la décision du préfet d'août 2009 de refuser le concours de la force publique ne sont pas critiquables. **L'intérêt supérieur des enfants s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à leur encontre. Cependant, des mesures de cette nature auraient pu être prises à l'encontre de leur père, afin de l'inciter à coopérer d'avantage.** A cet égard, les autorités françaises compétentes n'ont pas donné suite à la plainte pour non-représentation d'enfants déposée par la première requérante le 17 mars 2009 une fois qu'il pouvait être considéré que la voie de la coopération et de la négociation n'aboutirait pas.

Les autorités se sont heurtées à l'attitude des enfants eux-mêmes, qui ont clairement manifesté leur refus de retourner en Grande-Bretagne auprès de leur mère. Toutefois cette attitude n'était pas nécessairement immuable sachant que, le 11 décembre 2010, A. a volontairement quitté la maison paternelle pour rejoindre sa mère. En outre, dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye et du Règlement (CE) n° 2201/2003*, **l'opposition des enfants ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour.**

Eu égard à ce qui précède, et nonobstant la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur en la matière, **les autorités françaises n'ont pas pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour faciliter l'exécution de l'arrêt du 16 avril 2009** ordonnant le retour des deux enfants en Grande-Bretagne ».

- (v) Il se peut que, si l'exécution a échoué du fait par exemple du laxisme des autorités ou de l'opposition de l'enfant, désormais bien établi en Suisse du fait du temps écoulé, le choix des autorités d'exécution de renoncer à l'exécution **serait conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant** selon la Cour de Strasbourg, et même nécessaire compte tenu de celui-ci, mais qu'il faille au même temps **retenir la violation du droit au respect de la vie privée et familiale du parent abandonné**, et du droit

au procès équitable, qui implique le droit à la mise à exécution effective d'une décision de justice (v. pour un possible cas de ce type, l'**affaire helvético-espagnole de 2017, *infra*, ad art. 13 LF-EEA, n° 17**).

- (vi) Il serait utile, pour les tribunaux cantonaux, et pour le Tribunal fédéral, de réfléchir à la pertinence de **diversifier les citations des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de CLaH 80**.

4. Mesures de protection (art. 6 LF-EEA)

Art. 6 Mesures de protection

- ¹ Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant règle, au besoin, les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et ordonne les mesures nécessaires pour assurer sa protection.
- ² Si la demande a été déposée auprès de l'autorité centrale, le tribunal compétent peut ordonner la représentation de l'enfant, une curatelle ou d'autres mesures de protection, sur requête de cette autorité ou de l'une des parties, quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2464)

6.5 Mesures de protection (art. 6)

« Au besoin, le tribunal règle également, pour la durée de la procédure de retour, le droit de visite du parent resté dans l'État de provenance. Ce premier contact sert à instaurer la confiance de ce parent envers le tribunal. Il est de nature à déboucher ultérieurement sur l'ouverture de pourparlers en vue d'une conciliation. Si l'intégrité physique ou psychique d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse est menacée, si celui-ci risque d'être caché par son ravisseur ou déplacé vers un État tiers, ou encore si la discorde entre les parties est telle qu'on peut s'attendre à ce que la procédure soit longue et pénible, ce qui représente une épreuve inutile pour l'enfant, il importe que l'autorité prenne ou ordonne à l'égard de celui-ci toutes les mesures de protection nécessaires. Ainsi donc, le tribunal est non seulement compétent pour régler les relations personnelles de l'enfant avec ses parents pour la durée de la procédure et nommer un représentant de l'enfant, mais encore et de manière générale pour ordonner des mesures de protection de l'enfant et en particulier des mesures provisionnelles (art. 6, al. 1). Dans certains cas, il peut se révéler judicieux de désigner un curateur pour l'enfant (art. 9, al. 3) ou d'ordonner d'autres mesures de protection sans qu'aucune demande de 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 – de même que les parties d'ailleurs – doit pouvoir requérir du tribunal qu'il ordonne de telles mesures (art. 6, al. 2). Cette démarche a pour principal avantage de permettre à l'enfant de disposer d'un représentant apte à défendre ses intérêts dans une procédure de conciliation ou lors d'une médiation initiée à l'instigation de l'autorité centrale ».

Mise en œuvre

- 4.1. L'art. 6 (al. 1 et 2) est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses ? Si oui, comment ?
- 4.2. L'autorité centrale fédérale demande-t-elle des mesures de protection de l'enfant au tribunal avant la procédure judiciaire de retour, comme l'y autorise l'art. 6, al. 2, tout particulièrement la nomination d'un représentant d'enfant avant l'introduction de la procédure judiciaire ? Le cas échéant, pourquoi ne fait-elle pas systématiquement usage de cette disposition ?
- 4.3. Quelles mesures sont prises afin de localiser les enfants ? Ces mesures sont-elles efficaces ? Qui les met en œuvre ?

Efficacité

- 4.4. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?
- 4.5. Cette disposition a-t-elle permis d'offrir à l'enfant une protection satisfaisante et rapide dans le cadre de la procédure de retour ?

Analyse

1. Seuls une **dizaine d'arrêts** du Tribunal fédéral évoquent **expressément l'article 6 LF-EEA**, notamment dans la partie de la décision où les hauts magistrats résument la procédure qui s'était déroulée devant le tribunal cantonal siégeant en instance unique (« *Sachverhalt* », « *Faits* », « *Fatti* »). Dans toutes ces affaires, sauf trois, les mesures de protection prises par le Tribunal cantonal – et dont le Tribunal fédéral rend rapidement compte dans le résumé des « faits » – **n'avait pas donné lieu à contestation devant le Tribunal fédéral**, si bien que la partie « en droit » de l'arrêt rendu par celui-ci n'en parle pas ni fournit d'indications au sujet de la mise en œuvre de l'article 6 LF-EEA.

2. Il se trouve, en effet, que la décision du tribunal cantonal qui statue sur une requête de mesures de protection au sens de l'article 6 LF-EEA ne peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral que **restrictivement** et pour violation des **droits constitutionnels**, comme l'énonce l'article 98 LTF. Il s'ensuit que le Tribunal fédéral est très rarement **appelé à statuer sur des recours ayant pour objet des mesures de protection qui ont été ordonnées par le tribunal cantonal ou que celui-ci s'est refusé d'ordonner**. Voici pour mémoire ce qu'énonce l'article 98 LTF :

Art. 98 – Motifs de recours limités

Dans le cas des recours formés contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels.

3. Deux affaires méritent néanmoins d'être signalées. Dans l'une et l'autre, il s'agissait de mesures de protection prises par le tribunal cantonal à la suite d'une décision ayant prescrit le retour et en vue de protéger l'enfant pour le **temps nécessaire à l'organisation de celui-ci**.

- (i) Dans la première affaire – il s'agit de la « fameuse » affaire **helvético-mexicaine** de 2015 –, le recourant reprochait au tribunal supérieur d'Argovie, entre autres choses, d'avoir violé son **droit d'être entendu** inscrit à l'article 29 de la Constitution fédérale, en ce qu'il avait été empêché, une fois que le retour avait été ordonné, d'avoir un contact avec son fils et de participer à la mise en œuvre du retour. Le Tribunal fédéral rappelle que l'article 6 LF-EEA offre au tribunal cantonal une base légale adéquate pour prononcer une mesure de protection et juge que celle dont il est question, dans cette espèce dont il souligne les particularités, **était appropriée précisément dans l'intérêt de l'enfant**.

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_539/2015 du 10.07.2015

« 3. **Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Begründungspflicht durch das Obergericht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV)**. Es habe sich nicht mit seinen Argumenten zur Einräumung des Besuchsrechts auseinandergesetzt und nehme zu den diesbezüglichen Rechtsfragen keine Stellung, sondern es würden stets nur Vorwürfe an seine Adresse gemacht. Soweit sich das Obergericht auf Hinweise aus anderen Verfahren berufe, gelte für ihn im Zusammenhang mit der Reise von Kind und Grossmutter nach Frankreich immer noch die Unschuldsvermutung. Es bestünden überhaupt keine Gründe, ihm Kontakte zu verweigern, und dies verletze das Recht auf Familie (Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV; Art. 8 EMRK). Sodann fehle es für die Anordnung des Kontaktverbotes an einer gesetzlichen Grundlage; jedenfalls sei bislang nie eine solche genannt worden...

Soweit die Gründe in Abrede gestellt werden, **welche für die starke Beschneidung des Kontaktrechts sprechen (grundsätzlich keine physischen Besuche), ist Folgendes festzuhalten**: Bereits im Urteil 5A_229/2015 vom 30. April 2015 war die starke Beeinflussung der Tochter durch den Vater ein zentrales Thema. Sodann ergibt sich aus dem Gutachten, dass der Vater der Tochter u.a. vermittelte, er könnte sich

etwas antun, wenn sie nicht mehr bei ihm sei. Solche Beeinflussungsversuche verstärken den - gemäss Gutachten als zentralen Faktor ausgewiesenen - Loyalitätskonflikt in einer für das Kind nicht erträglichen und schädlichen Weise. Die Aufrechterhaltung der am 29. Mai 2015 aufgestellten Kontaktregelung ist deshalb nicht zu beanstanden. Insbesondere verletzt sie angesichts des begrenzten Zeitraums, für welchen sie gilt, das Recht auf Familienleben insofern nicht, als sie angesichts der dem Kindeswohl höchst abträglichen Vorfälle während des Rückführungsverfahrens zum Schutz des Kindes geboten und mithin verhältnismässig ist. Überdies wird damit für die Zukunft, insbesondere für die Ausübung des Besuchsrechts in Mexiko, aber auch für später allfällig wiederum in der Schweiz stattfindenden persönlichen Umfang, nichts präjudiziert. Insofern geht die Behauptung des Vaters, er werde die Tochter im Rückführungsfall auf Jahre hinaus nie mehr sehen, an der Sache vorbei, umso mehr als die Mutter offensichtlich eine viel grössere Bindungstoleranz als der Vater aufweist und gegenüber dem Gutachter geäussert hat, dass sie C._____ jeweils für Weihnachten und im Sommer in die Schweiz reisen lassen würde und sie sich auch vorstellen könnte, nach Abschluss ihrer Ausbildung mit der Tochter in der Schweiz zu leben. Wie es sich mit erneuten Ferienaufenthalten von C._____ im Hinblick auf eine mögliche Wiederholung der Ereignisse verhält, ist nicht an dieser Stelle zu erörtern; jedenfalls aber sprechen die Äusserungen der Mutter für ihre grosse Bindungstoleranz selbst vor dem Hintergrund des elterlichen Nachtrennungskonfliktes.

Was schliesslich die Verabschiedung zwischen Vater und Kind anbelangt, trifft es nicht zu, dass das Obergericht eine solche verweigert hat. Vielmehr hat es die Vollzugsbehörde ermächtigt, situativ über die Verabschiedung zu entscheiden; auch dies ist angesichts der Unvorhersehbarkeiten im vorliegend sehr speziell gelagerten Fall nicht zu beanstanden: Soweit dies möglich ist, was eine entsprechende Kooperationsbereitschaft des Vaters voraussetzt, ist eine persönliche Verabschiedung zwischen Vater und Kind wünschbar. Dies bedingt eine diesbezügliche Kontaktaufnahme mit dem Vater; sodann wird ein Treffen für die Verabschiedung aufgrund der zu grossen Risiken nicht in unbegleiteter Form stattfinden können. Für die nötigen Vorkehrungen ist die Vollzugsbehörde zuständig und die eingangs erwähnte Delegation an diese dementsprechend zweckmässig.

Die **gesetzliche Grundlage für die obergerichtlich verfügte Kontaktregelung findet sich in Art. 6 Abs. 1 BG-KKE**. Nach dieser Norm regelt das mit dem Rückführungsgesuch befasste Gericht soweit erforderlich den persönlichen Verkehr des Kindes mit den Eltern und ordnet Massnahmen zum Schutz des Kindes an. Vorliegend war die Kontaktregelung, dass während des Rückführungsverfahrens **mit Ausnahme der delegierten Verabschiedung grundsätzlich keine physischen Kontakte zwischen Vater und Kind erlaubt sind, zum Schutz des Kindes geboten** ».

- (ii) Dans une affaire **helvético-chilienne** plus récente, la mère, après l'entrée en force de la décision ordonnant le retour, **avait réussi à se soustraire à son exécution** en refusant de collaborer avec le Consulat chilien pour l'établissement des documents de voyage de l'enfant. Le Tribunal cantonal de Schwyz avait, par décision portant mesures superprovisionnelles, interdit à la mère de sortir du territoire de **trois cantons** et de se présenter au poste de police territorialement compétent à d'intervalles réguliers. La mère avait formé un recours à l'encontre d'une telle décision cantonale. Le Tribunal fédéral déclare le recours irrecevable au motif qu'une **décision rendue à titre de mesures superprovisionnelle ne saurait, selon une jurisprudence fédérale bien établie, faire l'objet d'un recours devant lui**. En examinant cependant le *fond* de celui-ci, il juge que la « limitation du territoire à l'intérieur duquel l'enfant peut se déplacer jusqu'au rapatriement – la mère avait souhaité que le canton de Zurich soit inclus – et l'obligation faite à la mère de se présenter régulièrement au poste de police sont couvertes par le large pouvoir d'appréciation du juge du fond, auquel il incombe de régler l'exécution du retour (art. 11 al. 1 LF-EEA) et qui peut **également prendre des mesures de protection** (art. 6 al. 1 LF-EEA), d'autant plus que de telles mesures s'avèrent en l'espèce à première vue **proportionnées et aptes** à garantir l'exécution recherchée ».

Affaire helvético-chilienne, 5A_128/2019, 13.02.2019, qui fait suite à deux autres arrêts fédéraux : **5A_982/2018 et 5A_997/2018**)

« 1. Beim angefochtenen Akt handelt es sich **um eine superprovisorische Verfügung**. Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf S. 3 (letztes Lemma) und daraus, dass die Eingabe des Vaters vom 4. Februar 2019 und beidseitige weitere Fax-Eingaben je zur Vernehmlassung zugestellt wurden. Die Mutter hat am 8. Februar 2019 denn auch ihre Vernehmlassung an das Kantonsgericht gesandt, welches demnächst im kontradiktorischen Verfahren entscheiden dürfte.

Superprovisorische Verfügungen **sind nach konstanter und mehrfach publizierter Rechtsprechung** beim Bundesgericht mangels Ausschöpfung des (weit verstandenen und das nachfolgende kontradiktorische Verfahren umfassenden) Instanzenzuges **nicht anfechtbar** (BGE 137 III 417, E.1.2.S. 418, 139 III 86 E. 1.1.1 S. 87 f., BGE 139 III 516 E.1.1 S. 518 f.; BGE 140 III 289 E. 1.1 S. 290).

2. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde **als offensichtlich nicht zulässig**, weshalb auf sie nicht eingetreten werden kann und der Präsident im vereinfachten Verfahren entscheidet (Art. 108 Abs. 1 lit. a BGG). Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

3. Nur der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass die Einschränkung bzw. Bezeichnung des Gebietes, in welchem sich das Kind bis zur Rückführung bewegen darf (die Mutter möchte auch den Kanton Zürich beinhaltet haben) und die Pflicht zur regelmässigen Meldung auf dem Polizeiposten (die Mutter sieht dies als Schikane an, weil man dadurch ein zwischen den Meldungen erfolgendes, von ihr aber nicht geplantes Untertauchen gar nicht verhindern könne) vom weiten Ermessen des Sachgerichtes, welchem die Regelung des Vollzuges der Rückführung obliegt (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE, SR 211.222.32) und welches auch Schutzmassnahmen treffen kann (Art. 6 Abs. 1 BG-KKE), gedeckt **scheint, zumal die Massnahmen sich prima facie als verhältnismässig erweisen und geeignet sind, den Vollzug der Rückführung zu sichern** ».

4. Il est arrivé au moins une fois – dans une affaire **helvético-autrichienne de 2019** – que le Tribunal fédéral, lorsqu’il a ordonné le retour de l’enfant alors que le tribunal cantonal avait renoncé à le prescrire, **prenne lui-même appui sur l’article 6 LF-EEA, en conjonction cependant avec l’article 11 LF-EEA**, pour fixer les mesures de protection au cours du temps nécessaire pour l’organisation du rapatriement, en raison entre autres choses du **risque d’un nouvel enlèvement**.

Affaire helvético-autrichienne, ATF 5A_440/2019 du 02.07.2019 cons. 4.

« 4. Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer eine Frist zur freiwilligen Rückführung gesetzt und das Bundesgericht pflegt dies normalerweise auch zu tun, wobei die Frist vorliegend zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung neu anzusetzen wäre.

Indes besteht angesichts der konkreten heutigen Umstände (unklare Arbeitssituation des Vaters; unklare Aufenthaltssituation, indem gemäss Aktennotiz des Obergerichts die Grossmutter väterlicherseits nach wie vor nicht gemeldet und der Ausländerausweis des Vaters abgelaufen ist; Hinterlegung einzig der slowakischen Pässe der Kinder, während angeblich keine mazedonischen Ausweispapiere bestehen sollen und den kantonalen Behörden die Herstellung eines Kontaktes mit der mazedonischen Botschaft bisher nicht gelungen ist) sowie angesichts des bisherigen, ausgeprägt eigenmächtigen Verhaltens des Vaters und schliesslich angesichts seiner Überzeugung, die Mutter habe keinerlei Rechte mehr auf die Kinder, **die konkrete Befürchtung, dass der Vater eine Frist zur freiwilligen Rückführung zu einem Untertauchen bzw. zu einem Absetzen nach Mazedonien nutzen könnte**, zumal für die eingeschulte ältere Tochter ab dem 6. Juli 2019 die Sommerferien beginnen. Es drängt sich aus diesen Gründen und überdies angesichts der vollständigen elterlichen Kommunikationsblockade auf, **eine behördenbegleitete Übergabe der Kinder in den Räumlichkeiten der kantonalen Vollzugsbehörde zu organisieren**, wie die Mutter dies vernehmlassungsweise verlangt,

wobei entsprechend dem für diesen Fall gemachten Postulat der Kindesvertreterin vorab eine kinderpsychologisch begleitete Kontaktherstellung und Wiederannäherung insbesondere mit der älteren, der Mutter entfremdeten Tochter A. stattzufinden hat (vgl. dazu die Ausführungen im parallelen Urteil 5A_339/2019 E. 4.5).

Gestützt auf **Art. 6 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 BG-KKE ist der Vollzug der Rückführung mithin wie folgt zu regeln...** ».

5. Il est, de plus, arrivé à quatre reprises que le recourant ou l'intimé **forme devant le Tribunal fédéral lui-même une requête en mesure provisionnelle** – visant à modifier des mesures prises antérieurement par le tribunal cantonal – en la fondant **cependant sur l'article 104 LTF** dont voici le texte :

Art. 104 LTF : Autres mesures provisionnelles

« Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés ».

6. Dans ces quatre affaires, le Tribunal a rejeté la demande ou bien l'a déclarée sans objet en prenant appui lui aussi sur l'article 104 LTF.

Affaire helvético-thaïlandaise, ATF 5A_605/2019 du 04.09.2019 cons. 5.

« 5. En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Le retour immédiat de la mineure C._____ en Thaïlande, ordonné au chiffre II. du dispositif de l'arrêt entrepris, doit être assuré d'ici au 30 septembre 2019 au plus tard.

Le **présent arrêt rend sans objet la requête de mesures provisionnelles (art. 104 LTF)** déposée par l'intimé le 23 août 2019 **relative aux relations personnelles**, au demeurant vouée à l'échec en tant qu'elle tend à statuer sur les prérogatives parentales, compétence qui n'appartient pas à la juridiction suisse tenue uniquement d'assurer – sauf exceptions, non réalisées en l'espèce – le renvoi dans le pays de provenance afin de rendre possible une décision future à ce propos ».

Affaire franco-suisse, ATF 5A_990/2019 du 21.01.2020, cons. E.

« E. Par ordonnance présidentielle du 19 décembre 2019, la requête d'effet suspensif de la recourante a été admise; la requête de mesures provisionnelles (art. 104 LTF) formée par l'intimé en cas d'octroi d'effet suspensif a en revanche été rejetée ».

Affaire franco-suisse, ATF 5A_701/2019 du 23.10.2019 cons. 7.

« 7. En définitive, le recours - manifestement infondé - doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité (art. 109 al. 2 let. a LTF). Le retour immédiat des mineurs C._____ et D._____ en France, ordonné par le dispositif de l'arrêt entrepris, est confirmé.

Le présent arrêt rend sans objet la requête de mesures provisionnelles (art. 104 LTF) déposée par l'intimé le 20 septembre 2019 relative aux déplacements internationaux futurs craints par le requérant ».

Affaire helvético-hongroise, 5A_193/2023 du 06.04.2023 cons. 5 s.)

« 5.1. Da quanto precede discende che il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, va parzialmente accolto nel senso indicato al considerando precedente. Per il resto, il ricorso è respinto.

Con l'emanazione della presente sentenza, la richiesta del ricorrente di conferire effetto sospensivo al rimedio secondo l'art. 103 cpv. 3 LTF **e di adottare altre misure cautelari ai sensi dell'art. 104 LTF diventa priva d'oggetto** ».

7. Dans un certain nombre d'autres arrêts que ceux où il fait mention de l'article 6 LF-EEA, le Tribunal fédéral rend compte rapidement, dans la partie qui résume la procédure, des mesures qui avaient été prises par le tribunal cantonal à titre de protection au cours de la procédure, **sans évoquer expressément l'article 6 LF-EEA**. Il semble que les arrêts du

Tribunal fédéral en langue *française* ont tendance à évoquer l'article 6 LF-EEA davantage que les arrêts du Tribunal fédéral en langue *allemande*. Cela semble refléter une tendance auprès des juridictions cantonales. La lecture d'un échantillon de décisions cantonales suggère en effet que

- (i) alors même que la question des mesures à accorder à titre superprovisoire et provisoire **fait l'objet d'intenses débats** et trahit l'intensité du conflit parental à ce stade, l'article 6 LF-EEA en tant que « *base légale* » **n'est, dans bien d'affaires, tout simplement pas évoquée** par les avocat-e-s des parties, par le représentant de l'enfant pas plus que par le tribunal ;
- (ii) les tribunaux des Cantons romands prennent appui **un peu plus souvent** que les tribunaux des Cantons alémaniques sur l'article 6 LF-EEA pour justifier les mesures de protection qu'ils prennent au cours de la procédure, dont voici deux exemples « vaudois » :

Vaud, Tribunal cantonal, CREC 13 septembre 2019/254 du 13.09.2019

« W. a également sollicité des mesures provisoires et superprovisaires, **au sens de l'art. 6 LF-EEA** (Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes ; RS 211.222.32), tendant notamment à ce qu'il soit fait interdiction à l'intimée de quitter la Suisse avec l'enfant (I.1) et à l'inscription de l'enfant dans le système de recherche informatisée de police RIPOL (I.3) ».

Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 16 septembre 2020/177 du 16.09.2020

« La juge déléguée a également invité le Service de protection de la jeunesse (SPJ), qui exerce la tâche de protection des mineurs (art. 6 al. 2 LProMin [loi du 4 mai 2004 sur la protection des mineurs ; BLV 850.41]) et peut être chargé de l'audition des enfants, à déposer dans un délai au 7 septembre 2020 un bref rapport au sujet de sa situation et **d'un besoin éventuel de mesures de protection (art. 6 LF-EEA)**, après avoir eu un contact avec lui (art 9 al. 2 LF-EEA) ».

- (iii) Certains tribunaux, notamment alémaniques, pour justifier la prise de mesures de protection, prennent appui sur les **dispositions du Code de procédure civile, dont on rappellera que l'entrée en vigueur – intervenue le 1^{er} janvier 2011 – est postérieure à celle de la LF-EEA, intervenue le 1^{er} juillet 2009**. Ce sont notamment les articles 261 s., et **spécialement l'article 265 CPC en matière de mesures superprovisionnelles et l'art. 268 CPC en matière de modification et révocation** dont se prévaut parfois la jurisprudence cantonale, sans doute aussi car ces dispositions **sont plus détaillées que l'article 6 LF-EEA**. En voici un exemple :

Grisons, Kantonsgericht, ZK1 21 95 du 27.08.2021 cons. 14.6 ss)

« 15. Vorsorgliche Massnahmen

15.1. Grundsätzlich hat das Gericht nach der Anhörung der Gegenpartei über das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu entscheiden bzw. die angeordneten superprovisorischen Massnahmen aufzuheben, zu ändern oder zu bestätigen (**Art. 265 Abs. 2 ZPO**). Mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache fallen Massnahmen von Gesetzes wegen dahin (**Art. 268 Abs. 2 ZPO**).

15.2. Der vorliegende Entscheid erwächst mit seiner Eröffnung in Rechtskraft (beschwerdefähiger Entscheid). Es kann deklaratorisch festgehalten werden, dass die mit der Verfügung vom 11. August 2021 (ZK1 21 96) superprovisorisch angeordneten Massnahmen entsprechend dahingefallen sind. Insbesondere und explizit aufzuheben sind die superprovisorisch angeordneten Verpflichtungen der Gesuchstellerin gemäss Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 11. August 2021 (ZK1 21 96) ».

Voici pour mémoire le texte de l'**article 265 CPC** :

Art. 265 Mesures superprovisionnelles

¹ En cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, **sans entendre la partie adverse**.

² Le tribunal cite en même temps les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai ou impartit à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit. Après avoir entendu la partie adverse, le tribunal statue sur la requête sans délai.

³ Avant d'ordonner des mesures provisionnelles, le tribunal peut ordonner d'office au requérant de fournir des sûretés.

8. Adoptée et entrée en vigueur avant respectivement l'adoption et l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, la LF-EEA ne pouvait pas, logiquement, renvoyer à celui-ci pour les détails des mesures de protection qu'elle évoque (v. ég. pour la « **conciliation** », nos conclusions *infra*, ad art. 8 LF-EEA, n° 5). On peut alors se demander si l'éventuelle nouvelle mouture de la LF-EEA ne pourrait pas, s'agissant des mesures de protection, **renvoyer aux dispositions correspondantes du CPC « en tant qu'applicables »**.

9. La lecture des décisions fédérales évoquées, d'un échantillon d'autres décisions fédérales et d'un échantillon de décision cantonales semble suggérer que les mesures de protection visées par l'article 6 LF-EEA le plus souvent prononcées **sont les suivantes** :

- (i) la remise du passeport et des documents d'identité de l'enfant et/ou d'un des parents auprès du greffe du tribunal cantonal ;
- (ii) l'interdiction faite au parent ravisseur de quitter le territoire **suisse** sous peine de l'article 292 du Code pénal ; parfois, mais beaucoup plus rarement, le parent ravisseur se voit interdire de quitter le territoire du **canton compétent** ou de quitter le territoire du canton compétent et de **certains cantons voisins** de celui-ci (v. décision prononcée dans l'affaire **helvético-chilienne**, *supra*, n° 3) ;
- (iii) obligation faite au parent ravisseur de se présenter au poste de police à intervalles réguliers fixés dans la décision ;
- (iv) l'inscription de l'enfant dans le système dit « RIPOL » ;
- (v) le règlement des contacts entre l'enfant et les parents ou l'un d'entre eux au cours de la procédure de retour ;
- (vi) la désignation d'un curateur ou d'une curatrice pour l'enfant ;
- (vii) le mandat confié au service cantonal des mineurs de rencontrer l'enfant et faire un bref rapport sur la situation ;
- (viii) beaucoup plus rarement, le placement de l'enfant chez le parent requérant au cours de la procédure ;
- (ix) beaucoup plus rarement, le placement de l'enfant chez des tiers au cours de la procédure.

10. La lecture des décisions fédérales évoquées, d'un échantillon d'autres décisions fédérales et d'un échantillon de décision cantonales semble suggérer que

- (i) la question des mesures provisoires fait souvent **l'objet d'intenses débats**, auxquels sont invités à participer (a) les parties par l'intermédiaire de leurs avocats (b) le curateur ou la curatrice de l'enfant ; (c) souvent également le service de protection des mineurs du Canton compétent ;
- (ii) certaines mesures, notamment la remise des documents du voyage et l'interdiction de quitter le territoire, sont assez souvent prononcées **à titre de mesures superprovisionnelles** à la seule demande du parent requérant ;

- (iii) de telles mesures sont confirmées et d'autres mesures qui sont prononcées à la suite d'une procédure contradictoire qui a impliqué des prises de positions des avocat-e-s des parties et également du curateur ou de la curatrice ;
- (iv) assez souvent le tribunal cantonal charge le service de protection des mineurs de faire un bref rapport sur la situation de l'enfant et sur le **besoin de prendre des mesures de protection** ; assez souvent le service cantonal de protection conclut à ce qu'il n'y a pas besoin de **prendre de mesures particulières** ;
- (v) de nouvelles mesures de protection peuvent être prononcées après le **prononcé de la décision de retour et au cours de la phase d'exécution** ; **il semble y avoir une certaine superposition entre mesures d'exécution visées par l'article 11 LF-EEA et mesures de protection visées par l'article 6 LF-EEA.**

11. Il arrive qu'un **accord** puisse être trouvé au sujet des relations personnelles au cours de la procédure **entre les parties** et que le tribunal cantonal s'estime compétent à ratifier un tel accord moyennant **précisément le prononcé d'une mesure de protection** (que l'article 6 LF-EEA soit cité ou non). **Cette compétence paraît tout à fait appropriée et n'a pas semble-t-il suscité de réserves des spécialistes.**

12. Quant à la compétence du tribunal cantonal pour **ratifier un accord entre les parties portant sur la question du retour ou non-retour ou même sur la responsabilité parentale**, si certain-e-s auteur-e-s, dont Anna Claudia Alfieri de l'Office fédéral de la justice, se sont interrogé-e-s sur l'existence d'une telle compétence à ce sujet – compte tenu aussi des dispositions sur la compétence inscrites à la Convention de La Haye de 1996 – d'autres, dont le Professeur Bucher, l'ont affirmé avec vigueur.

« La ratification d'une convention de médiation doit être incluse ici, étant donné qu'à défaut, la médiation est privée de ses effets. Il semble bien trop catégorique de dire que 'la ratification de la convention de médiation ne rentre pas dans le domaine de compétence des autorités suisses', et bien vague d'y ajouter la nuance qu'il est compliqué pour le tribunal supérieur compétent ... de justifier sa compétence dans un tel cas (cf. Alfieri, dans : Guy-Ecabert/Volcknick, p. 154) » (A. Bucher, CR, ad art. 85 LDIP, mise à jour, 9.7.2023, n° 233).

13. On peut au demeurant penser que

- (i) si un tel accord permet à l'enfant de résider en Suisse **à titre principal**, la compétence de l'autorité suisse à ratifier un tel accord peut se fonder sur la **(nouvelle) résidence habituelle (licite) de l'enfant en vertu de la disposition générale sur la compétence inscrite à l'article 5 CLaH 96** ;
- (ii) si l'accord des parties comporte le retour de l'enfant, tant que le retour n'est pas exécuté, et si notamment l'enfant a résidé en Suisse pendant quelques mois, voire plus de six mois, la compétence du tribunal suisse à le ratifier peut se **fonder ou bien sur l'article 5 CLaH 96 au motif que dès l'accord des parents, la résidence habituelle en Suisse de l'enfant cesse d'être illicite ou, en tout cas, sur les articles 11** (mesures de protection fondée sur l'urgence, pouvant avoir efficacité extraterritoriale : le texte est reproduit ci-dessous) et **12** (mesures de protection à validité territoriale limitée : le texte est reproduit ci-dessous) CLaH 96 à titre, justement, de **mesures de protection respectivement urgentes et à validité territoriale limitée.**

Convention HCCH Protection des enfants de 1996, CLaH96

Art. 11

1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des art. 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation.

3. Les mesures prises en application du par. 1 à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État non contractant cessent d'avoir effet dans chaque État contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État.

Art. 12

1. Sous réserve de l'art. 7, les autorités d'un État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant, ayant un caractère provisoire et une efficacité territoriale restreinte à cet État, pour autant que de telles mesures ne soient pas incompatibles avec celles déjà prises par les autorités compétentes en vertu des art. 5 à 10.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des art. 5 à 10 se sont prononcées sur les mesures que pourrait exiger la situation.

3. Les mesures prises en application du par. 1 à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État non contractant cessent d'avoir effet dans l'État contractant où elles ont été prises dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État.

14. S'agissant de la possibilité, **prévue par l'art. 6 al. 2 LF-EEA**, d'obtenir du tribunal cantonal, avant même qu'il soit saisi au fond d'une requête en retour, **la désignation d'un curateur ou une curatrice à l'enfant**, Anna Claudia Alfieri, dans son ouvrage de 2016, **signale qu'une telle possibilité n'a jusque-là pas été exploitée** :

« A ce jour, **personne n'a encore fait usage de la possibilité fournie à l'Autorité centrale et aux parties par l'art. 6 al. 2 LF-EEA de demander la nomination d'un représentant** avant que la requête en vue du retour ait été déposée devant le tribunal compétent ; cela aurait comme avantage de permettre à l'enfant de faire valoir ses intérêts lors d'une procédure de conciliation ou de médiation en phase pré-judiciaire. L'Autorité centrale a, en revanche, déjà requis la nomination d'un représentant d'enfant pendant la procédure » (Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, Berne 2016, p. 139).

15. a lecture des décisions du Tribunal fédéral et d'un échantillon des décisions cantonales rendues sur la question du retour de l'enfant **ne permet logiquement pas de savoir si une telle possibilité a été, depuis lors, concrètement utilisée**.

Des échanges avec l'Autorité centrale en vue de la finalisation du présent rapport, il ressort cependant que « *bien que cela soit rarement le cas, l'autorité centrale a fait usage d'une deux fois de cette possibilité* ».

16. Le Professeur Bucher a regretté à plusieurs reprises la tendance de l'Office fédéral de la justice (OFJ) à ne pas requérir du tribunal cantonal la désignation d'un curateur ou curatrice de l'enfant susceptible de participer à la procédure de médiation alors pourtant que l'OFJ reconnaît volontiers l'utilité d'une telle participation. Encore récemment, en rendant compte de l'ATF 25 juin 2019, 5A_301/2019, rendue dans une affaire **helvético-australienne**, le Professeur Bucher a pu écrire ceci :

« Fidèle à son inaction, celui-ci n'a pas fait désigner un curateur aux enfants comme il a pour devoir de le faire (cf. art. 6 al. 2 LF-EEA). Le père a pris lui-même l'initiative de déposer sa requête en retour à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du Valais, le 4 février 2019, qui a aussitôt nommé un curateur, montrant ainsi à quel point une telle désignation est importante et doit se faire en urgence. Statuant le 26 mars 2019, la

Chambre des curatelles a rejeté la requête (A. Bucher, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 2020 p. 425 ss, 448 s.).

17. La **pertinence** de la désignation d'un curateur dès que la demande est introduite auprès de l'Autorité centrale et avant qu'elle le soit devant le tribunal cantonal compétent a été **soulignée par d'autres auteurs**, en vue de permettre à l'enfant, moyennant son curateur ou sa curatrice, de **participer au processus de médiation, si celle-ci est engagée** :

« 2. Gemäss Art. 6 Abs. 2 BG-KKE kann die Vertretung des Kindes von der zentralen Behörde und jeder Partei des Verfahrens beantragt werden. Ein Vertreter kann dabei bereits ab Eingang des Rückführungsgesuchs bei der zentralen Behörde bestellt und das Kind auf diese Weise bereits an den Kontakten mit der zentralen Behörde und am Vermittlungsverfahren beteiligt werden. **Diese Möglichkeit ist unbedingt wahrzunehmen...** » (Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen - Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Genève - Zurich - Bâle 2012, p. 32).

« Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BG-KKE wäre die Einsetzung einer Kindesverfahrensvertretung bereits in den Vermittlungsversuchen respektive in der Mediation wünschenswert, damit die Kinderperspektive von Anfang an eingebracht werden kann » (Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zurich/St.Gall 2020, p. 218).

Démarches envisageables

Pour résumer les propositions qui ont été évoquées plus haut à propos de cet article 6 LF-EEA, on peut se demander s'il ne faudrait pas réfléchir à l'éventualité d'en ajuster le texte afin notamment de

- renvoyer aux articles 265 CPC et suivants « *en tant que compatibles* » ;
- évoquer la compétence du Tribunal cantonal à ratifier un accord des parties sur le régime provisoire des relations personnelles et de toute autre question litigieuse applicable au cours de la procédure de retour ;
- évoquer, mais à l'article 8 LF-EEA, la compétence du Tribunal à ratifier un accord des parties sur le retour ou la procédure de retour ou sur des questions inhérentes à la responsabilité parentale sous réserve des conventions internationales applicables dans les diverses matières concernées et réglant la compétence.

Art. 6 Mesures de protection

¹ Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant règle, au besoin, les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et ordonne les mesures nécessaires pour assurer sa protection. **Il a compétence pour ratifier un accord des parties en matière de relations personnelles et de toute autre question litigieuse au cours de la procédure de retour.**

² Si la demande a été déposée auprès de l'autorité centrale, le tribunal compétent peut ordonner la représentation de l'enfant, une curatelle ou d'autres mesures de protection, sur requête de cette autorité ou de l'une des parties, quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui.

³ **Les articles 265 et suivants du Code de procédure civile s'appliquent aux mesures de protection visés par le présent article en tant que compatibles.**

Art. 8 Procédure judiciaire

¹ Le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale

ne l'a pas déjà fait. ***Il a compétence pour ratifier un accord entre les parties entraînant le retrait de la demande.***

² 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 statue selon une procédure sommaire.

³ Il informe l'autorité centrale des principales étapes de la procédure.

5. Instance cantonale unique (art. 7 LF-EEA)

Art. 7 Tribunal compétent

¹ Le tribunal supérieur du canton où l'enfant résidait au moment du dépôt de la demande connaît en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfants et peut ordonner des mesures de protection.

² Le tribunal peut transférer la cause au tribunal supérieur d'un autre canton si les parties et le tribunal requis y consentent.

Extrait du Message

Le fait que, bien souvent, les procédures judiciaires et d'exécution des décisions ont une durée excessive parce que la plupart font appel à plusieurs instances est contraire à la maxime de célérité (art. 2 et 11 CLaH 80, art. 14 CE 80) et ne va pas dans le sens des intérêts de l'enfant. Aussi convient-il de ne plus prévoir qu'une seule et unique instance au niveau des cantons (art. 7, al. 1). Puisque la procédure menée au titre de la CLaH 80 et de la CE 80 est sujette à recours devant le Tribunal fédéral, l'instance en question doit être l'autorité cantonale de recours (Cour suprême, Tribunal cantonal) (*note 49 : Cf. art. 75, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2007*)

La compétence de cette instance cantonale s'étend à toutes les décisions à prendre à l'égard d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse. Celles-ci comprennent, outre le prononcé portant sur la demande de retour, toutes les mesures de protection nécessaires, y compris la réglementation des relations personnelles entre parents et enfants pendant la procédure et, jusqu'à la clôture d'une éventuelle procédure d'exécution, la désignation d'un curateur à l'enfant et les décisions relatives à l'exécution du retour. Lorsque le jugement rendu par l'instance cantonale est attaqué devant le Tribunal fédéral, celui-ci est compétent, jusqu'à la fin de la procédure de recours, pour prendre les mesures de protection qui s'imposent (art. 104 LTF). Contrairement au souhait exprimé par le Tribunal fédéral, il n'est pas indiqué de déroger au principe de l'unité de la procédure de recours, cela d'autant moins qu'une telle dérogation pourrait être de nature à rendre plus complexe et à prolonger cette procédure qui, en règle générale, dure six semaines au maximum. L'instance cantonale est également compétente pour prendre les décisions visées aux art. 14 et 15. Si le retour de l'enfant est définitivement refusé, la compétence de pourvoir aux besoins de l'enfant passe aux tribunaux ordinaires.

Est compétent à raison du lieu le tribunal du canton où l'enfant a sa résidence habituelle (art. 7, al. 1). Le principe selon lequel une compétence, une fois établie, ne devient pas caduque par suite du déplacement du point de rattachement déterminant (*perpetuatio fori*) s'applique également en l'occurrence. L'application de ce principe peut poser des problèmes pratiques dans certains cas, notamment lorsque l'enfant a un nouveau lieu de résidence situé dans une autre région du pays. En pareille occurrence, le tribunal du for doit pouvoir demander au tribunal qui serait compétent à raison du nouveau lieu de résidence de l'enfant s'il est disposé à reprendre le cas. Si ce tribunal répond par l'affirmative et si les parties consentent à ce que la cause lui soit transférée, la compétence lui est transférée (art. 7, al. 2).

Il est aussi possible – moyennant l'accord des parties et le consentement du tribunal requis – de transférer une procédure dans un autre canton, lorsque la cause est très complexe et que le tribunal compétent ne dispose pas d'un savoir-faire suffisant pour en connaître. La cause peut alors être transmise au tribunal compétent d'un autre canton. Cf. art. 75, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (RS 173.110) 2466 canton voisin lorsqu'il dispose de plus d'expérience des affaires d'enlèvement d'enfants, pour autant que ce tribunal et les parties consentent à ce transfert (art. 7, al. 2).

Mise en œuvre

5.1. Comment l'art. 7, al. 1, a-t-il été mis en œuvre dans les cantons ?

5.2. Dans la pratique, la demande de retour et les mesures de protection de l'enfant sont-elles réunies dans une seule procédure ?

5.3. L'art. 7, al. 2, est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses ? Si oui, comment ?

Efficacité

5.4. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

5.5. Cette disposition a-t-elle permis de réduire la durée des procédures de retour ? Une pratique s'est-elle établie auprès des tribunaux suisses ?

Analyse

1. Le Tribunal fédéral a été confronté à une **seule reprise**, et dans une affaire récente, à un recours qui prétendait que l'article 7 al. 1 LF-EEA avait été violé, du fait que la Cour de justice de Genève avait déclaré irrecevable la demande tendant à ordonner le retour d'un enfant de la France vers la Suisse. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours au motif que la Convention de La Haye de 1980, et par conséquent l'article 7 LF-EEA, **n'est applicable en Suisse que pour les demandes de retour vers un État contractant d'un enfant déplacé de l'étranger vers la Suisse**, et non d'un retour d'un enfant déplacé de la Suisse à l'étranger.

Affaire helvético-israélienne, ATF 5A_956/2022 du 16.01.2023 cons. 3 s.

« 3. Le recourant soutient pour l'essentiel que son fils avait sa résidence habituelle à U. et qu'en tant que son déplacement en France était illicite, les autorités judiciaires genevoises étaient compétentes pour ordonner son renvoi. **Il paraît invoquer la violation de l'art. 7 al. 1 LF-EEA** et l'application arbitraire art. 6 al. 2 de la loi cantonale genevoise d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC/Ge; RS GE E 1 05), dispositions prévoyant la compétence de la Cour de justice pour connaître en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfants. Il affirme également que le raisonnement cantonal serait insoutenable en ce qu'il laisserait "libre cours" à tout parent de procéder à un enlèvement d'enfant, en violation de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; RS 0.211.230.02) ainsi que de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96; RS 0.211.231.011).

3.3 Dans cette perspective, la décision cantonale qui oppose au recourant qu'elle ne peut ordonner le retour à U. d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en France n'est nullement contraire au droit. **Ainsi que le relève l'autorité judiciaire genevoise, seules les autorités françaises sont ici compétentes pour prononcer le renvoi éventuel de l'enfant à U.,** à la condition que l'illicéité du déplacement soit avérée ».

2. **Aucun recours** ne semble en revanche avoir été formé au sujet de l'**alinéa 2** de l'article 7 LF-EEA. Les décisions analysées ne semblent au surplus faire état d'**aucun transfert intercantonal de compétence**, sûrement parce que l'exigence à laquelle l'alinéa 2 de l'article 7 conditionne un tel transfert est *assez élevée* : accord des deux parties et accord des deux tribunaux cantonaux concernés, tribunal requérant et tribunal requis.

3. Les recours formés devant le Tribunal fédéral qui ont donné lieu aux décisions analysées au cours de la présente étude proviennent **systématiquement du Tribunal supérieur de chaque canton en instance unique** et en charge de la procédure de retour au niveau

cantonal, y compris de statuer sur une requête de mesures provisoires ou superprovisoires. La lecture des décisions fédérales semble dès lors confirmer que les cantons **ont bel et bien et très rapidement mis en œuvre l'article 7 LF-EEA.**

4. La grande majorité des Cantons ont prévu une **composition collégiale** en attribuant la compétence pour statuer sur les requêtes en retour une chambre composée de trois juges et un greffier ou une greffière. Certains – par **exemple Bâle-Ville** – se sont cependant contentés de la compétence d'un **juge unique**.

Affaire helvético-marocaine, Bâle-Ville, Cour d'appel, DG.2017.1 du 25.04.2017 cons. 1 ss)

« 1.1 Die Schweiz und Marokko sind je Vertragsstaaten des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung [HKÜ, SR 0.211.230.02]; vgl. Geltungsbereich am 30. März 2015), weshalb das Übereinkommen zur Beurteilung des Antrags auf Rückführung zur Anwendung kommt.

1.2 Zuständiges Gericht für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen ist gemäss Art. 7 Abs. 1 BG-KKE als **einzige Instanz das obere Gericht** des Kantons, in dem sich das Kind zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung aufhält. Nachdem sich die Gesuchsgegnerin und das Kind jedenfalls zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung unbestrittenermassen in Basel-Stadt aufgehalten haben, ist **das Appellationsgericht örtlich zuständig**. Ein späterer Wohnsitzwechsel ist für das Gerichtsverfahren grundsätzlich unbeachtlich, weil die örtliche Zuständigkeit nach Rechtshängigkeit erhalten bleibt (Art. 64 Abs. 1 lit. b Zivilprozessordnung [ZPO, SR 210]). **Zuständiger Spruchkörper ist das Einzelgericht des Appellationsgerichts** (§ 1 Abs. 2 Einführungsgesetz zum BG-KKE [EG BG-KKE; SG 212.850] i.V.m. § 93 Abs. 1 Ziff. 5 Gerichtsorganisationsgesetz [GOG, SG 154.100]).

Voici un extrait de la loi cantonale de Bâle-Ville sur l'organisation judiciaire:

Gerichtsorganisationsgesetz [GOG, SG 154.100]).

6.5.3. Einzelgericht

§ 93

«1. Das **Einzelgericht des Appellationsgerichts** ist zuständig für:

(...)

5. Entscheide als Gericht nach dem Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 21. Dezember 2007 »

5. On peut se demander s'il ne serait pas préférable que les tribunaux supérieurs statuant sur une demande en retour selon l'article 7 LF-EEA en tant qu'instance unique soient de **composition collégiale**, d'abord, car une décision collégiale offre en général de meilleures garanties de pondération, et ensuite car cela rendra possible une composition **interdisciplinaire** tout autant qu'une **composition mixte** (englobant un homme et une femme). Il y a lieu de penser que ces trois facteurs seraient susceptibles de rendre la décision cantonale plus légitime et **plus acceptable aux yeux des justiciables**, et d'abord des parties directement concernées, parents et enfant.

(i) **Composition interdisciplinaire**. Une formation judiciaire collégiale peut se permettre d'être interdisciplinaire. Rappelons que le Code civil prescrit que « ***l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant est une autorité interdisciplinaire*** » (art. 440 al. 1 et 3 CC).

Art. 440 du Code civil suisse

¹ L'autorité de protection de l'adulte est une **autorité interdisciplinaire**. Elle est désignée par les cantons.

² Elle prend ses décisions **en siégeant à trois membres au moins**. Les cantons peuvent prévoir des exceptions pour des affaires déterminées.

³ Elle fait également office d'**autorité de protection de l'enfant**.

L'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant est, en Suisse, compétente pour bien d'affaires concernant la protection de l'enfant, **y compris à statuer sur les désaccords entre parents non mariés sur la garde et les droits de visite**. Cette autorité est collégiale et interdisciplinaire.

On ne s'est peut-être pas suffisamment avisés du fait que la LF-EEA, en confiant, pour des raisons de célérité, à une instance *unique* la tâche de statuer sur des demandes de retour et prescrivant qu'il s'agisse du tribunal supérieur du canton, **a abouti en tout cas parfois à sacrifier la nature interdisciplinaire** de l'autorité compétente en première instance (qui était, dans bien de cas, l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant) et parfois également, on l'a relevé (*supra*, n° 123), la nature *collégiale*. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas pertinent de prescrire à la chambre du tribunal supérieur que les Cantons désignent comme compétente au sens de l'article 7 LF-EEA une **interdisciplinarité semblable à celle que le Code civil prescrit aux cantons pour l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant**. Ainsi, par exemple, une telle chambre pourrait être composée d'un-e Président-e, juriste, et de deux juges assesseurs, ayant notamment la formation de psychologue ou de travailleur social. Ces deux membres pourraient avoir suivi de surcroît une formation de médiateurs ou médiatrices, notamment en affaires familiales. Insister sur **l'intérêt de l'enfant** comme considération centrale des procédures en retour engagées selon la CLaH 80 conseille aussi de faire en sorte que la composition de l'autorité qui statue **englobe précisément des spécialistes de l'enfance**. Si l'on devait estimer préférable que la majorité des membres du tribunal restent des juristes de formation, on pourrait en tout cas prévoir qu'un **membre** soit pédopsychologue ou travailleur social. Alternativement, on pourrait exiger d'un membre ou de deux membres que, tout en étant juristes, ils puissent justifier également d'une formation de **quelques semaines en sciences de la famille et de l'enfance**.

- (ii) **Composition mixte.** Dans des affaires qui revêtent une importante et délicate dimension d'égalité entre les genres (« *gender sensibles* »), il est conseillé de faire en sorte que la composition du tribunal supérieur du canton siégeant en instance unique selon l'article 7 LF-EEA **soit paritaire, et qu'il englobe un homme et une femme**, comme le Code de procédure civile le prescrit notamment pour les autorités de conciliation pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité de 1994 (art. 200 CPC). La majorité des décisions cantonales analysées proviennent d'un collège de trois juges englobant déjà un homme et une femme. Il se trouve cependant des décisions cantonales rendues par un collège formé par trois juges hommes et un greffier homme ou par trois juges femmes et une greffière. Il serait utile que le collège du tribunal cantonal y compris du greffier ou de la greffière se compose de deux hommes et deux femmes, et, en tout cas, que les **trois juges englobent un-e représentant de chaque sexe**.

Art. 200 Autorités paritaires de conciliation

¹ Dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, l'autorité de conciliation se compose d'un président et de représentants siégeant paritairement.

² Dans les litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, l'autorité de conciliation se compose d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public, **l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et de femmes**.

6. Il est aussi permis de se demander si, quant à la composition de la « cour » du Tribunal fédéral appelée à statuer sur le recours contre les décisions cantonales en matière d'enlèvement d'enfants, il ne serait pas expédient de **prescrire la même composition mixte**. Cela devrait être réalisable **sans difficultés** : beaucoup de décisions fédérales analysées ont été prises par une cour formée de deux hommes et d'une femme et un greffier ou une greffière, ou, plus rarement il est vrai, de deux femmes et d'un homme. Dans l'idéal, et parce que le greffier ou la greffière ont un rôle important à jouer en ce qu'ils et elles ont « *une voix consultative et rédigent les arrêts* » comme s'exprime l'article 23 LTF, on peut se demander s'il ne faudrait pas œuvrer pour que la composition élargie de la cour du Tribunal fédéral – « élargie » au sens d'englober également le greffier ou la greffière – qui statue sur les recours en la matière se compose de deux hommes et de deux femmes.

Article 23 LTF : « Les greffiers participent à l'instruction et au jugement des affaires. Ils ont voix consultative. ² Ils élaborent des rapports sous la responsabilité d'un juge et rédigent les arrêts du Tribunal fédéral ».

7. On peut enfin se demander s'il ne faudrait pas **injecter de l'interdisciplinarité** dans la cour du Tribunal fédéral lui-même qui statue sur les recours formés à l'encontre des décisions cantonales rendues dans des procédures de retour fondées sur la LF-EEA et la CLaH 80 et, par conséquent, de faire en sorte qu'une **juge siégeant dans le collège ait une formation en psychologie ou sociologie de l'enfance**. Il ne semble pas y avoir d'obstacle légal car l'article 5 LTF prévoit que « **Quiconque a le droit de vote en matière fédérale est éligible** », sans théoriquement requérir une formation *juridique* uniquement. Une telle évolution serait justifiée par les caractéristiques de l'activité que le Tribunal fédéral est censé exercer en la matière :

- (i) quand il tranche des recours sur l'enlèvement international, et qu'il doit, par exemple, fournir **sa propre interprétation de l'audition de l'enfant tel qu'elle résulte du procès-verbal versé au dossier et de l'expertise psychologique ou psychiatrique de l'enfant**, et en définitive **sa propre interprétation de l'intérêt de l'enfant à ce sujet**, on peut penser que le Tribunal fédéral n'est plus, à strictement parler, **uniquement juge du droit**, qu'on lui demande de ne plus être uniquement juge du droit.
- (ii) Il arrive que le Tribunal fédéral admette le recours et qu'il ordonne le retour d'un enfant alors que le tribunal cantonal avait renoncé à le prescrire après notamment une enquête des services de protection et une expertise psychologique ou psychiatrique. Or on peut penser qu'une décision fédérale qui *réforme* une décision cantonale, qui, elle, avait été prise à la suite d'une enquête sociale et d'une expertise psychologique ou psychiatrique, **est susceptible de paraître plus légitime aux yeux des justiciables**, y compris des parties concernées, et notamment du parent à qui le retour de l'enfant est ordonné, **si elle a été prise par un collègue englobant un-e spécialiste de l'enfance**.

Démarches envisageables

Pour résumer les propositions qui ont été évoquées plus haut à propos de cet article 7 LF-EEA, on peut se demander s'il ne faudrait pas réfléchir

- à l'éventualité d'en ajuster le texte afin notamment de prescrire, en tout cas dans la mesure du possible, que le tribunal cantonal statue en composition collégiale, multidisciplinaire et englobant au moins un homme et une femme ;
- à faire évoluer la composition du Tribunal fédéral en le sens de prescrire pour lui aussi une composition multidisciplinaire et englobant au moins un homme et une femme.

Voici une proposition d'ajustement de l'article 7 LF-EEA qui irait dans le sens évoqué :

Art. 7 Tribunal compétent

¹ Le tribunal supérieur du canton où l'enfant résidait au moment du dépôt de la demande connaît en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfants et peut ordonner des mesures de protection. ***Il statue, dans la mesure du possible, en composition collégiale – englobant au moins un homme et une femme – et multidisciplinaire.***

² Le tribunal peut transférer la cause au tribunal supérieur d'un autre canton si les parties et le tribunal requis y consentent.

6. Procédure judiciaire, en particulier conciliation ou médiation pendant la procédure judiciaire (art. 8 LF-EEA)

Article 8 – Procédure judiciaire

¹ Le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait.

² 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 statue selon une procédure sommaire.

³ Il informe l'autorité centrale des principales étapes de la procédure.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2466)

6.7 Procédure judiciaire (art. 8)

« Afin d'obtenir rapidement un règlement à l'amiable du litige, le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait (art. 8, al. 1). S'agissant du déroulement concret de la procédure de conciliation et de médiation, les intéressés s'en tiendront aux règles fixées par l'autorité et aux modalités de négociation qui ont cours dans la pratique. Ils voueront une attention particulière à la vulnérabilité de l'enfant et à la tension émotionnelle des parents. Compte tenu de la maxime de célérité statuée par la Convention de La Haye (dans la mesure du possible, l'ensemble de la procédure devrait être clôturée en l'espace de six semaines; cf. art. 11 CLaH 80), le tribunal doit fixer un terme à ces tentatives. Le tribunal est informé de ce que ces tentatives ont pris fin. Les faits révélés et les avis exprimés par les intéressés dans le cadre de la procédure de conciliation ou de la médiation ne peuvent être communiqués au tribunal que si ces derniers y consentent. Si la tentative de conciliation ou de médiation échoue, la procédure judiciaire proprement dite débute. Conformément à la maxime de célérité statuée à l'art. 11, par. 2, CLaH 80 et à l'art. 14 CE 80, cette procédure doit être conduite de manière simple et rapide. En attendant l'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse, il y a lieu d'appliquer la procédure sommaire (art. 8, al. 2, cf. également art. 297, let. a P-CPC). La partie demanderesse peut saisir directement les tribunaux de la cause sans en informer les autorités centrales suisses et étrangères (art. 29 CLaH 80). Cependant, l'autorité centrale de la Confédération ne peut remplir correctement ses fonctions d'organe de conseil et d'information ni son rôle d'intermédiaire que si elle est informée régulièrement des cas pendants devant les tribunaux et du déroulement des procédures. Aussi les tribunaux sont-ils tenus de la renseigner sur l'état d'avancement des procédures et de lui communiquer leurs décisions (art. 8, al. 3). S'agissant du déroulement de la procédure au sens de la CLaH 80, l'autorité centrale peut, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'Etat de provenance, demander les raisons qui n'ont pas permis de clore l'affaire dans le délai de six semaines (art. 11, par. 2, CLaH 80). Elle a également le droit de participer à la procédure cantonale dans la mesure où la décision pourrait violer la législation fédérale qui concerne son domaine d'attributions (art. 111, al. 2, LTF) ».

Questions posées

Mise en œuvre

6.1. L'art. 8 est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses ? Si oui, comment ?

6.2. Outre des conciliations menées par le tribunal, les tribunaux engagent-ils aussi des médiations ? Dans l'affirmative, ont-ils recours au réseau de l'art. 3 LFEEA ?

6.3. Le principe de la gratuité (art. 14 LF-EEA) est-il respecté ?

6.4. Y a-t-il des cas dans lesquels l'autorité centrale participe à la procédure judiciaire ?

6.5. La CLaH 80 est-elle appliquée aux enfants réfugiés ?

Efficacité

6.6. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

6.7. À quelle fréquence une médiation ou une conciliation aboutissent-elles au retour volontaire ou à une solution amiable ? Y a-t-il eu davantage de solutions consensuelles lors de la procédure judiciaire de retour grâce à la mise en œuvre de cette disposition ?

6.8. Le point de vue de l'enfant est-il pris en considération dans la médiation ou dans la conciliation, et dans l'affirmative, comment ?

6.9. L'instauration de la procédure sommaire a-t-elle permis de réduire la durée des procédures de retour ?

Analyse

1. Dans une **dizaine de décisions**, le Tribunal fédéral a eu à interpréter et mettre en œuvre l'article 8 LF-EEA, le plus souvent parce que le recours formé devant lui prétendait que la décision du tribunal cantonal **avait violé une telle disposition**. Les griefs étaient fondés sur le fait que le tribunal cantonal n'avait pas ordonné une « *médiation* », alors qu'il y avait, de l'avis du recourant, lieu de l'ordonner, et qu'il n'avait non plus tenté une vraie « *conciliation* » digne de ce nom, alors qu'il aurait dû le faire. L'art. 8 LF-EEA n'a toutefois jamais été invoqué *seul* par le recourant ou la recourante, mais **toujours conjointement** à d'autres griefs fondés sur la prétendue violation d'autres dispositions de la LF-EEA.

2. Dans **aucune de ces affaires**, la violation de l'article 8 LF-EEA n'a été retenue. Le Tribunal fédéral semble **peu enclin à exercer un contrôle** :

- (i) sur l'opinion développée par le tribunal cantonal selon laquelle il vaut mieux renoncer à une médiation et sur les raisons qui fondent une telle opinion ;
- (ii) sur la manière dont la tentative de conciliation a été mise en œuvre par le tribunal cantonal, à défaut pour lui d'avoir prescrit une médiation.

3. Le Tribunal fédéral a déduit de l'article 8 LF-EEA, et du cadre normatif dans lequel il s'inscrit – selon la méthode d'interprétation *systématique* – une série de **principes**.

- (i) Même si **une médiation est ordonnée**, il faut veiller à ce qu'elle soit menée rapidement et que la procédure reste strictement entre les mains du juge. La médiation fait en effet partie de la procédure de première instance et est comprise **dans le délai de six semaines** de l'art. 11 al. 2 CLaH 80, qui **consacre l'impératif de célérité**.

Affaire helvético-bulgare : 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.2)

« Im Zusammenhang mit der vom Vater erwähnten 6-Wochen-Frist gemäss Art. 11 Abs. 2 HKÜ wird allerdings deutlich, dass dem von ihm angerufenen **Beschleunigungsgebot bei Kindesrückführungen eine besondere Bedeutung zukommt**. Zwar zeigt sich in der Praxis, dass die 6-Wochen-Frist im erstinstanzlichen Verfahren oft schwer einzuhalten ist, namentlich vor dem Hintergrund der Gehörs-gewährung, und gemäss Konventionswortlaut kommt ihr denn auch explizit nur Richtliniencharakter zu. Indes ergibt sich aus dieser sowie aus den weiteren auf

ein rasches Handeln zielenden Normen (Art. 1 lit a HKÜ: sofortige Rückgabe; Art. 2 HKÜ: schnellstmögliche Verfahren; Art. 11 Abs. 1 HKÜ: gebotene Eile), dass die notwendigen Instruktionsmassnahmen mit Vorteil in einer umgehend erlassenen Instruktionsverfügung zu kondensieren sind (nach Möglichkeit bereits verbunden mit der Ansetzung einer Vermittlungsverhandlung oder einer Schlussverhandlung für den Fall des Scheiterns einer Mediation, soweit eine solche Verhandlung angebracht erscheint) **und insbesondere eine gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BG-KKE gegebenenfalls angeordnete Mediation nicht quasi ausserhalb der vom HKÜ vorgegebenen Richtlinienfrist stattfinden kann, ist sie doch Teil des erstinstanzlichen Rückführungs-verfahrens. Auch bei Anordnung einer solchen ist mithin auf äusserste Speditivität zu achten und das Verfahren strikt in richterlicher Hand zu behalten... ».**

- (ii) Une « **éventuelle médiation** » doit donc être ordonnée de manière structurée et, comme il ressort déjà du Message relatif à la LF-EEA, liée à des délais fixés par le juge. Un calendrier envisageable consiste par exemple, pour le Tribunal fédéral, en **trois séances concentrées en l'espace d'une semaine ou pendant deux week-ends consécutifs**. Si aucun résultat positif n'a encore été obtenu, mais qu'un tel résultat est attendu dans un avenir prévisible, il est loisible d'informer le tribunal chargé de procédure de renvoi de la pertinence de poursuivre la médiation et/ou de lui solliciter une prolongation du délai.

Affaire helvético-bulgare : 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.2)

« Eine **allfällige Mediation** ist deshalb in **strukturierter Weise** und, wie sich bereits aus der Botschaft zum BG-KKE ergibt (BBI 2007 S. 2625), **geknüpft an richterlich vorgegebene Fristen anzuordnen** (beispielsweise **drei Sitzungen** innerhalb einer Woche oder Sitzungen an zwei aufeinanderfolgenden Wochenenden und begründete Benachrichtigung des Rückführungsgerichtes bzw. begründetes Ersuchen um Fristverlängerung, falls noch kein Resultat erzielt worden, aber ein solches in absehbarer Zeit zu erwarten ist und die Mediation deshalb weitergeführt werden sollte). Ferner ist zu beachten, dass sich der Zweck einer Mediation darauf beschränkt, **die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen (Art. 8 Abs. 1 BG-KKE), sie aber insbesondere nicht der Abklärung von irgendwelchen Sachverhaltselementen dient.**

- (iii) Le but d'une médiation est **d'obtenir le retour volontaire de l'enfant ou parvenir à un règlement à l'amiable de l'affaire** (art. 8 al. 1 LF-EEA), **mais non pas d'élucider quelques éléments de fait que ce soit.**

Affaire helvético-bulgare : 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.2)

« Ferner ist zu beachten, dass sich der Zweck einer Mediation darauf beschränkt, die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen **(Art. 8 Abs. 1 BG-KKE), sie aber insbesondere nicht der Abklärung von irgendwelchen Sachverhaltselementen dient**».

Le Professeur Bucher semble approuver le principe, fixé dans cet arrêt, selon lequel « **le juge doit donner au médiateur des instructions, notamment quant au temps disponible** » mais il considère que

« **exclure toute recherche de renseignements sur la situation personnelle et familiale de l'enfant (comme le fait le même arrêt) est excessif, étant donné que le médiateur doit disposer d'une certaine connaissance des faits principaux, notamment en cas d'allégations de violence** » (CR, ad art. 85 LDIP, mise à jour 7.9.2023, n° 214).

- (iv) Dans la mesure où le Tribunal cantonal engage une **procédure de conciliation**, les exigences fixées par l'article 8 LF-EEA, qui évoque alternativement la *conciliation* ou la *médiation*, sont **respectées**.

Affaire helvético-serbe: ATF 5A_577/2014, du 21.08.2014

« 22. In prozessualer Hinsicht rügt die Kindesvertreterin eine Verletzung **von Art. 8 Abs. 1 und 2 BG-KKE, weil das Obergericht keine Mediation angeordnet hat. Art. 8 Abs. 1 BG-KKE verlangt, dass die kantonale Instanz entweder ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation durchführt. Das Obergericht hat ein Vermittlungsverfahren durchgeführt und damit die formellen Anforderungen erfüllt.**

- (v) Le Tribunal cantonal qui demande aux parties si elles sont prêtes à recourir à la médiation, **a le loisir de renoncer à l'ordonner en raison de l'absence de consensus entre elles. La médiation, qui a pour objet la participation des parties à la recherche d'une solution, requiert de part et d'autre une volonté minimale d'essayer de surmonter le conflit.**

Affaire helvético-serbe: ATF 5A_577/2014 du 21.08.2014

« Das Obergericht hat ein Vermittlungsverfahren durchgeführt und damit die formellen Anforderungen erfüllt. **Im Übrigen hat es die Parteien hinsichtlich der Bereitschaft zu einer Mediation angefragt**, alsdann aber wegen fehlenden Konsenses der Parteien von der Anordnung einer solchen abgesehen. Dies steht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang, **dass die Mediation, welche ein lösungsorientiertes Mitwirken der Parteien zum Gegenstand hat, beidseits eine minimale Bereitschaft zur Konfliktbewältigung erheischt** (Urteile 5A_154/2010 vom 29. April 2010 E. 3; 5A_535/2010 vom 10. Oktober 2010 E. 3). Eine Rechtsverletzung ist nach dem Gesagten nicht auszumachen ».

Pour le Professeur Bucher, exiger un accord préalable des parties n'est pas nécessaire et peut s'avérer contreproductif :

« il n'y a pas lieu de solliciter l'accord préalable des parties à une telle tentative. La démarche peut être assortie de la menace d'appliquer l'art. 292 CPS (comme cela est admis en droit civil : cf. ATF 9. 12.2009, 5A_457/2009, FamPra.ch 2010 n 38 p. 474)... La mise sur pied d'une médiation est indépendante des chances de succès de la demande de retour. Le refus du requérant d'y participer ne peut être justifié par le motif qu'il est dans son droit d'exiger le retour de l'enfant (comme l'accepte l'ATF cité, c. 3, qui vide la médiation ainsi que l'art. 8 al. 1 LF-EEA de son utilité) » (CR, ad Art. 85, mise à jour au 7.9.2023, n° 214).

Dans une publication parue en 2020, Cynthia Lévy et Maya Kiepe, avocates et médiatrices, regrettent également la **relativisation par le Tribunal fédéral de la portée de l'article 8 LF-EEA.**

« Bien que cette disposition offre au tribunal la possibilité d'ordonner une médiation, le Tribunal fédéral a relativisé sa portée et a retenu que, la médiation ayant pour objet une coopération orientée vers une solution entre les parties, celle-ci n'a lieu d'être que s'il existe une volonté minimale de résoudre le conflit pour chacune des parties » (Médiation judiciaire: volontaire ou obligatoire?, *Revue de l'avocat* 2020 p. 446 ss, 452).

- (vi) La simple **déclaration écrite** par laquelle le parent requérant dit s'opposer à une médiation semble, dans la mise en œuvre de l'article 8 LF-EEA par les autorités cantonales, et de l'article 4 LF-EEA par l'autorité centrale, être suffisante **pour conclure que la médiation ne peut avoir lieu.**

Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 17 octobre 2022/176 du 17.10.2022

« 2.1 Il convient tout d'abord de traiter des questions de procédure. 2.1.1 Conformément à l'art. 8 LF-EEA, le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait (al. 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 statue selon une procédure sommaire (al. 2). 2.1.2 En l'espèce, le demandeur a indiqué à l'autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant qu'il s'opposait à une médiation, **ce qu'il a répété dans un courrier du 15 septembre 2022 adressé à la Chambre de céans, de sorte qu'aucune médiation n'a pu avoir lieu. De plus, la conciliation sur la question du retour a été vainement tentée lors** de l'audience du 20 septembre 2022 et le demandeur a encore refusé d'entamer une médiation. Force est ainsi de constater que les démarches entreprises pour faciliter une solution amiable dans le cadre de la présente procédure n'ont pas abouti ».

Dans sa contribution relatant « *les premières expériences* » avec la LF-EEA, de 2012, Anna Claudia Alfieri expose comme suit :

« Bien que l'art. 8 al. 1 LF-EEA prévoie la mise en place par le tribunal supérieur d'une médiation préalable à la procédure judiciaire proprement dite, dans plusieurs cas des tribunaux ont renoncé à le faire. Ci-après quelques exemples de motifs invoqués. **OGER BE:** "eine hohe Eskalationsstufe vorliegt und eine Mediation unter diesen Umständen für die Beteiligten eine zu grosse Belastung darstellen wurde" Verfügung vom 3. März 2010, APH 10 81, consid. 3. 19. **KGER GR:** "macht die Gesuchsgegnerin die Durchführung einer Mediation sinngemäss von der vorgängigen gutachterlichen Abklärung des Kindeswohls abhängig, und bringt in ihrer Stellungnahme klar zum Ausdruck, dass sie eine Überführung [de l'enfant au lieu de résidence habituelle] ausschliesst" Verfügung vom 25. November 2009, ZK1 09 44, consid. 1. **OGER ZH:** après l'échec des tentatives du juge de concilier les parties, un délai de sept jours avait été fixé aux parties pour qu'elles expliquent comment elles se positionnaient à l'égard de la continuation des audiences de conciliation ou d'une médiation et, au vu des prises de position des parties, une tentative de médiation paraissait au tribunal **comme étant sans espoir** OGER ZH, 13.7.2010, NH100003/U, consid. 3. **TC VD:** « c ar la tentative de médiation mise en place par l'OFJ en collaboration avec la Fondation suisse du SSI avait échoué » Cf. décision du 26.5.2010, 4, publiée: <http://www.findinfo-tc.vd.ch/> **TA TI:** car le requérant avait refusé la proposition de l'Autorité centrale de mettre en place une médiation en phase pré-judiciaire », Cf. decisione del 19 ottobre 2011, 10.2011.10. (Alfieri Anna Claudia, Enlèvement international d'enfants: premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 2012 p. 550 ss, 552 ss).

Ajoutons deux décisions plus récentes :

Neuchâtel, Tribunal cantonal, CMPEA.2020.15 du 07.10.2020 cons. 3)

« Aux termes de l'article 8 al. 1 LF-EEA, le tribunal engage une procédure de conciliation ou de médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. En l'espèce, une médiation a été mise en œuvre. **Elle n'a pas permis la remise volontaire des enfants ou une autre solution amiable entre les parties, à part sur certaines modalités de vie des enfants durant la procédure de retour** ».

Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 10 juillet 2020/152 du 10.07.2020 cons. 5.2)

« 5.2. **La conciliation a été vainement tentée lors de l'audience du 10 juillet 2020 de la Chambre de céans, en application de l'art. 8 LF-EEA.** Quant à une éventuelle médiation, le conseil de la requérante a déclaré que sa mandante l'envisageait, mais uniquement en Angleterre ».

- (vii) Si la CLaH 80 n'est pas applicable du fait que la résidence habituelle de l'enfant ne se trouvait pas dans un État contractant, mais dans un Etat non-contractant, une médiation entre les parents fondée sur l'art. 8 LF-EEA n'entre pas non plus en ligne de compte, puisque cette loi a été adoptée, selon son préambule, en exécution, entre autres, de la CLaH 80 et que l'art. 8 LF-EEA se **réfère manifestement à la procédure judiciaire concernée.**

Affaire helvético-gréco émirienne : ATF 5A_164/2013 du 18.04.2013

« Fehlt es am Anwendungsbereich des Übereinkommens, **so fällt auch eine auf Art. 8 BG-KKE gestützte Mediation zwischen den Eltern ausser Betracht**, ist doch dieses Gesetz gemäss Ingress in Ausführung u.a. des Haager Rückführungsübereinkommens ergangen und bezieht sich **Art. 8 BG-KKE** offensichtlich auf das betreffende gerichtliche Verfahren. **Das Obergericht hat deshalb ebenfalls zu Recht befunden, dass die übrigen Anträge** bei fehlender Anwendbarkeit des Übereinkommens hinfällig seien »

- (viii) La première audience à laquelle le tribunal cantonal invite les parties **peut être considérée à l'instar d'une audience de conciliation** au sens de l'article 8 LF-EEA **même si elle n'a pas été libellée ainsi**, notamment si, lors de cette audience, la question de la médiation a été *évoquée*.

Affaire helvético-espagnole, 5A_535/2010 du 10.08.2010

« 3. Die Mutter macht geltend, das Obergericht habe **in Verletzung von Art. 8** des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32) **kein Vermittlungsverfahren und insbesondere keine Mediation durchgeführt**. Wenigstens der Versuch müsse unternommen werden. **Das Obergericht hat am 14. Juni 2010 eine Verhandlung durchgeführt. Auch wenn nicht so deklariert, kann diese ohne weiteres als Vermittlungsverhandlung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 BG-KKE gelten. An dieser Verhandlung wurde unter anderem auch die Mediationsfrage diskutiert**. Angesichts der ablehnenden Haltung des Vaters - die als solche nicht kritisiert werden kann, da ja das HKÜ gerade **die Möglichkeit gibt, die gerichtliche Rückführung** zu verlangen hat das **Obergericht zu Recht befunden, dass eine Mediation keinen Sinn machen, sondern nur Zeitverlust bedeuten würde**: Das Bundesgericht hat in einem analogen Fall (verweigernde Haltung des einen Elternteils) die Anordnung einer Mediation abgelehnt mit der Begründung, diese habe definitionsgemäss ein lösungsorientiertes Mitwirken der Parteien zum Gegenstand und mache deshalb nur dann Sinn, wenn beidseits wenigstens eine minimale Bereitschaft zur Konfliktbewältigung vorhanden sei (Urteil 5A_154/2010 vom 29. April 2010 E. 3). **Eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BG-KKE ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich** »

Pour le Professeur Bucher, en revanche,

« une simple réunion devant le juge, dont l'objet de parvenir à une conciliation n'a pas été annoncé, ne correspond pas à une 'procédure de conciliation' telle que prévue par la loi (contrairement à l'avis exprimé dans l'ATF 10. 8. 2010, 5A_535/2010, c. 3).

Cette interprétation de l'article 8 LF-EEA par le **Tribunal fédéral semble être suivie par des tribunaux cantonaux**, en tout cas certains d'entre eux.

Grisons, Kantonsgericht, ZK1 21 95 du 27.08.2021 cons. 12.3).

« 2.3. Im Übrigen kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Hauptverhandlung ohne Weiteres als Vermittlungsverhandlung im Sinn von Art. 8 BG-KKE gelten (BGer 5A_535/2010 v. 10.8.2010 E. 3). Die Parteien wurden sodann anlässlich der heutigen Verhandlung in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c HKÜ ausdrücklich auf die Möglichkeit einer gütlichen Einigung hingewiesen, worauf ein dahingehender Versuch unternommen wurde. Vor diesem Hintergrund ist keine Verletzung der angeführten Verfassungs- und Konventionsbestimmungen auszumachen ».

- (ix) Une médiation demeure possible **dans toutes les étapes de la procédure**, y compris **avant la mise à exécution de l'ordre du retour** et même au cours de la mise en œuvre de celui-ci.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_154/2010 du 29.04.2010

« 3. In der Replik stellt die Mutter ein Begehren um Einleitung eines Mediationsverfahrens im Sinn von Art. 4 Abs. 1 bzw. Art. 8 Abs. 1 BG-KKE. Nach der letzteren

Bestimmung leitet das Gericht ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation ein mit dem Ziel, die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen, soweit die Zentralbehörde dies noch nicht veranlasst hat. Unbekümmert um die systematische Stellung von **Art. 8 Abs. 1 BG-KKE, der sich auf das materielle Rückführungsverfahren bezieht, scheint die Anwendung der Norm im Vollstreckungsstadium nicht von vornherein ausgeschlossen**, hält doch bereits **Art. 7 Abs. 2 lit. c HKÜ die Behörden an, auf eine gütliche Regelung hinzuwirken, und muss dies in allen Verfahrensetappen möglich sein**

- (x) Lorsque, cependant, la demande tendant à faire prescrire une médiation n'a été déposée que **devant le Tribunal fédéral**, une telle demande est incompatible **avec l'art. 99 al. 2 LTF**, selon lequel de **nouvelles demandes** ne sont pas recevables dans la procédure engagée à la suite d'un recours.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_154/2010 du 29.04.2010

« 3... Vorliegend wurde das Begehren **um Anordnung einer Mediation allerdings erst vor Bundesgericht gestellt und tritt damit in Konflikt mit Art. 99 Abs. 2 BGG, wonach im bundesgerichtlichen Verfahren neue Begehren unzulässig sind**. Wie es sich mit all diesen formellen Aspekten des Begehrens verhält, muss insofern nicht abschliessend beurteilt werden, **als die Mediation definitionsgemäss ein lösungsorientiertes Mitwirken der Parteien zum Gegenstand hat und deshalb nur dann Sinn macht, wenn beidseits wenigstens eine minimale Bereitschaft zur Konfliktbewältigung vorhanden wäre**. Dies ist vorliegend nicht der Fall, nachdem sich der Vater einem solchen Vorgehen verschliesst und auf dem Vollzug der Rückführung beharrt. Bei dieser Ausgangslage **kann das Vollstreckungsverfahren nicht zugunsten einer Mediation sistiert werden**, sondern ist nachfolgend über die von der Mutter gegen den Vollzug der Rückführung vorgebrachten Einwände zu befinden».

4. Se focalisant surtout sur la *médiation*, et comme il ressort des extraits de leurs ouvrages ci-dessus reproduits, la plupart des quelques commentateurs qui se sont intéressés aux décisions évoqués ont regretté ce en quoi ils ont discerné une dévalorisation de la teneur et de l'esprit de l'article 8 LF-EEA. **Ces réserves nous semblent fondées.**

- (i) Quant au point sous (iii), on peut notamment considérer que le but de la médiation pourrait être non pas seulement le retour ou le règlement du litige dans tous ses aspects, mais bien un résultat plus modeste, de « *renouer le dialogue* » et **de régler certains aspects conflictuels, tels les relations personnelles des parents et l'enfant au cours de la procédure visant le retour** : d'une part, à en juger de la dureté parfois des injonctions prononcées par les tribunaux cantonaux à titre de mesures **superprovisionnelle** et **provisionnelles**, sous la menace des sanctions du Code pénal en cas de violation (v. *supra*, art. 6 LF-EEA), il faut reconnaître que ce volet du désaccord entre les parents peut être source d'escalade ultérieure du conflit ; d'autre part, un accord sur ces aspects **est sans doute bénéfique pour l'enfant** au cours de la procédure qui a cours en Suisse, qui peut se prolonger sur plusieurs mois voire dépasser l'année ; enfin, il arrive que les décisions cantonales indiquent que la **médiation a abouti à un accord sur cet aspect important du désaccord.**

Neuchâtel, Tribunal cantonal, CMPEA.2020.15 du 07.10.2020 cons. 3)

« Aux termes de l'article 8 al. 1 LF-EEA, le tribunal engage une procédure de conciliation ou de médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. En l'espèce, une médiation a été mise en œuvre. **Elle n'a pas permis la remise volontaire des enfants ou une autre solution amiable entre les parties, à part sur certaines modalités de vie des enfants durant la procédure de retour** ».

- (ii) Toujours quant au point (iii), on comprend mal que la procédure de médiation ne puisse établir des *éléments de fait* ; le médiateur n'est-il, dans une certaine mesure, censé s'appropriier des éléments de fait pour « médier » entre les parties au litige ?
- (iii) Quant au point (v), on peut penser que l'opposition du requérant à la médiation par un **simple courrier** (au besoin écrit par un avocat) **ne devrait pas suffire et qu'on devrait prendre le temps d'en sonder les raisons.**

5. Si le Tribunal fédéral interprète l'article 8 LF-EEA d'une manière à ne pas remettre en cause les déterminations du tribunal cantonal, **cela semble trahir la préoccupation de l'une et de l'autre instance que la médiation pourrait** (i) retarder la procédure, (ii) par conséquent, compliquer la prise de décision judiciaire sur le rapatriement, (iii) par conséquent offrir un avantage au parent ravisseur ou (iv) être interprétée par le parent requérant comme une concession au parent ravisseur, enfin que (v) une médiation qui est vouée à l'échec entraînerait des coûts inutiles.

6. S'agissant des frais de la médiation, la pratique de l'Autorité centrale telle qu'attestée dans **l'ouvrage de Anna Claudia Alfieri**, paru en 2016, consiste à solliciter le concours **des parties qui peuvent se permettre d'y concourir financièrement (Enlèvement international d'enfants : une perspective suisse, Berne 2016)**. L'Autorité centrale interprète alors l'article 14 LF-EEA en matière de « frais » comme ne s'appliquant pas à la médiation – extrajudiciaire et le plus souvent préjudiciaire – prévue à l'article 4 LF-EEA et organisée à l'initiative de l'Autorité centrale, mais uniquement à la médiation judiciaire prévue par l'article 8 LF-EEA. Certains auteurs – notamment le Professeur Bucher – considèrent que cette **lecture, et cette pratique, ne sont pas compatibles avec l'article 14 LF-EEA** et que les frais de médiation devraient **être à la charge de l'Autorité centrale** (*Commentaire romand*, mise à jour, ad art. 85 LDIP, 7.9.2023, n° 209).

Sur la modification de la pratique de l'Autorité centrale intervenue depuis 2021, v. « *Schlussbericht* », p. 34.

7. Les praticiens, y compris les médiateurs, soulignent les **résultats encourageants**, selon leur expérience, et celle du **Service social international**, de la médiation en matière d'enlèvement international d'enfants. Ces résultats peuvent au demeurant consister à **ce qu'un accord a pu être trouvé au sujet du règlement, au cours de la procédure visant le retour, des droits et responsabilité respectives des parties**. Stephan Auerbach a pu écrire que

« En matière d'enlèvement parental international d'enfants, l'expérience faite au SSI dans l'application de la LF-EEA entre les années 2009-2011 a montré la possibilité d'arriver à des accords parentaux durables en réponse à une médiation ordonnée en vertu des art. 4 et 8 LF-EEA » (« L'enlèvement parental international d'enfants : évolution du cadre légal et des pratiques du Service social international », dans : Guy-Ecabert Christine/Volckrick Elisabeth, *Enlèvement parental international d'enfants, Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Bâle, Neuchâtel 2015, p. 189)

8. On comprend que certaines voix se soient prononcées en faveur du **caractère obligatoire** que devrait revêtir la médiation en matière d'enlèvement d'enfants, en se réclamant d'un arrêt du Tribunal fédéral. Dans l'ATF 5A_457/2009, celui-ci a estimé qu'un tribunal cantonal qui impose la médiation dans l'intérêt des enfants ne viole aucune disposition du droit fédéral (même si, dans cette affaire, il n'y avait pas d'enlèvement d'enfants). Ainsi **Barbara Umbricht Lukas** et **Urs Gloor** pouvaient, en 2010 déjà, écrire que

« Verstärkt werden soll die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung, sei es vor (Art. 4 Abs. 1 BG-KKE), während (Art. 8 Abs. 1 BG-KKE) oder nach (Art. 12 Abs. 2 BG-KKE) dem Gerichtsverfahren. Das für das Rückführungsverfahren zuständige Gericht hat dabei die Verpflichtung, ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation einzuleiten (Art. 8 Abs. 1 BG-KKE), mit dem Ziel, die freiwillige Rückführung des Kindes

zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen, soweit dies die Zentrale Behörde nicht bereits veranlasst hat. Das Gericht hat somit eine eigentliche Verpflichtung, eine Mediation oder ein Vermittlungsverfahren unter fachlicher Anleitung anzuordnen. Dem Gericht stehen Fachleute in einem eigens dafür geschaffenen Pool zur Verfügung (Art. 3 Abs. 1 BG-KKE). Die Parteien haben ihrerseits die Verpflichtung, daran teilzunehmen, ggf. unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB. **Das Bundesgericht hat im Übrigen selbst die Kann-Formulierung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB in einem Entscheid vom 1. Februar 2010 (5A_457/2009) als rechtsgenügend anerkannt, um eine Mediation unter Strafandrohung anzuordnen.** Das Bundesgericht führt in diesem Entscheid aus, dass sich die angeordnete im Unterschied zur freiwilligen Mediation an der konsequenten Orientierung an den Interessen und Rechten der Kinder orientiert. Dabei werden hochstrittige Eltern, die sich erfahrungsgemäss zumeist von ihren Ängsten, Verletzungen und hauptsächlich von ihren Erwachseneninteressen leiten lassen, mit den Interessen und Bedürfnissen ihrer Kinder konfrontiert (vgl. Ziff. 4.3. des Entscheids) (Schreiner Joachim/Schweighauser Jonas/Urwyler David, Arbeitskreis 3: Zivilrechtliche Kindesentführung - die Sicht der Praktiker, dans: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (éd.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2010 (= FamPra.ch 15), p. 100) » (Die Mediation in Zivilprozessordnung, FamPra.ch, 2010, 818 s.).

9. Certains **médiateurs spécialisés** dans des affaires d'enlèvement international d'enfants ont eux aussi estimé que, **du point de vue éthique**, une « *injonction à la médiation* » peut être adressées aux parents.

« Éthiquement, **une injonction à la médiation en matière familiale est défendable** lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu et qu'il existe un intérêt public à ce que l'enfant, en tant que 'maillon faible', reçoive la meilleure protection possible ». En matière d'enlèvement parental international d'enfants, l'expérience faite au SSI dans l'application de la LF-EEA entre les années 2009-2011 a montré la possibilité d'arriver à des accords parentaux durables en réponse à une médiation ordonnée en vertu des art. 4 et 8 LF-EEA » (S. Auerbach, cit., p. 189).

10. La question de la place que la médiation devrait revêtir dans les procédures qui font suite à un enlèvement intra-européen d'enfants a **été vivement débattue au cours des travaux**, qui sont déroulés entre 2010 et 2019, visant à réformer le Règlement Bruxelles IIbis entré en vigueur en 2005. Le **Règlement Bruxelles II-ter** – « **Règlement (UE) 2019/1111** du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (**refonte**) » – issus de ces travaux, et entré en vigueur le 1^{er} août 2022 au sein de 26 États de l'Union européenne, a, dans un chapitre nouveau et ad hoc – le Chapitre III : articles 22 à 29 – réglé différents aspects - non réglés dans la Convention de La Haye de 1980 – **de la procédure consécutive à des déplacements illicites d'enfants intra-européens**. La médiation est fortement encouragée mais il y est précisé « *que ces efforts ne devraient pas prolonger indûment la procédure* » et que « *la médiation peut ne pas toujours convenir, notamment en cas de violence familiale* » (cons. 43). L'article 25 énonce donc comme suit :

Article 25 – Modes alternatifs de règlement des litiges

« Le plus tôt possible au cours de la procédure et à tout stade de celle-ci, la juridiction, soit directement, soit, le cas échéant, avec l'assistance des autorités centrales, **invite les parties à examiner si elles sont disposées à entamer une médiation ou à recourir à tout autre mode alternatif de règlement des litiges, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, si ce n'est pas approprié en l'espèce ou si cela retarderait indûment la procédure** ».

11. Quant aux personnes en charge de la médiation, on peut se demander si les cas de « **co-médiation** » – médiation menée par **deux professionnels** – ne devraient pas se multiplier. Les coûts seraient certes plus élevés mais les **probabilités de succès pourraient l'être aussi**. Car une co-médiation aurait, ici, deux avantages :

- (i) de faire en sorte que les personnes en charge de médiation puissent être un **homme et une femme**, de manière à tenir compte de l'équilibre des genres, très délicat dans ces affaires ;
- (ii) de faire en sorte que les **deux cultures** et éventuellement les **deux langues** en jeu, des parents et de l'enfant, et les **deux pays en cause**, et candidats à être ceux où la vie de l'enfant se déroulera à titre principal – État de la dernière résidence (licite) et État-refuge, État requérant et État requis – **soient représentés de manière équitable** au sein du ce « *panel* » formé par un médiateur et une médiatrice, de manière à ce qu'il ait un **équilibre géographique**, tout aussi important, et de donner l'impression au parent requérant qu'il « joue » sur un terrain qui lui est familier et non pas l'impression d'être en « terre étrangère ».

C'est par exemple la philosophie d'un centre connu de médiation internationale, « MIKK », **Internationales Mediationszentrum für Familienkonflikte et Kindesentführung**, qui a été créée à Berlin, avec le soutien de l'Union européenne. Voici ce qu'on lit à ce sujet sur le site internet de MiKK (<https://www.mikk-ev.de>)

« MiKK ist ein gemeinnütziger Verein (e.V.), der Eltern in mehreren Sprachen kostenfrei rund um das Thema Mediation bei grenzüberschreitenden Familienkonflikten und internationaler Kindesentführung unterstützt, berät und an Mediatoren vermittelt. **MiKK organisiert bi-linguale und bi-kulturelle Mediationen** für Eltern in Deutschland und im Ausland nach dem international anerkannten MiKK Mediationsmodell mit Mediatoren, die eine spezielle Weiterbildung hierzu bei MiKK absolviert haben. Seit mehr als 10 Jahren hat MiKK tausenden von Eltern dabei geholfen, im Interesse der betroffenen Kinder dauerhafte und einvernehmliche Lösungen in scheinbar ausweglosen Situationen zu entwickeln ».

« Das MiKK Co-Mediationsmodell: demzufolge **die Co-Mediatoren die gemeinsame Sprache der Eltern sowie ihre jeweiligen Muttersprachen sprechen (bi-lingual)**, den jeweiligen kulturellen Hintergrund der Eltern teilen oder verstehen (**bi-kulturell**), einen juristischen und psychosozialen beruflichen Hintergrund haben (**bi-professionell**) und die Geschlechter der Eltern repräsentieren (**bi-gender**). Das MiKK Co-Mediationsmodell wird vom HCCH „Leitfaden Mediation“ für grenzüberschreitende Familienkonflikte empfohlen ».

Comme l'évoque ce dernier passage, le modèle de co-médiation suivi par le MiKK est recommandé par le manuel des *bonnes pratiques* de **la HCCH pour les conflits familiaux transfrontaliers**.

12. L'expérience semble montrer que le parent requérant n'est souvent pas radicalement opposé à envisager une médiation, mais qu'il estime que le lieu de la médiation **devrait être non pas la Suisse**, avec laquelle il peut n'avoir pas de liens, mais bien l'autre État co-intéressé, son propre pays (l'État de sa résidence et le plus souvent de sa nationalité).

Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 10 juillet 2020/152 du 10.07.2020

« 5.2. La conciliation a été vainement tentée lors de l'audience du 10 juillet 2020 de la Chambre de céans, en application de l'art. 8 LF-EEA. Quant à une éventuelle **médiation**, le **conseil de la requérante a déclaré que sa mandante l'envisageait, mais uniquement en Angleterre** ».

13. On peut même penser que l'un-e des médiateurs/médiatrices pourrait être désigné par **l'Autorité centrale suisse**, l'autre médiateur/médiatrice par **l'Autorité centrale de l'autre pays co-intéressé** (éventuellement via le consulat ou l'ambassade en Suisse de ce pays). L'article 26 de la Convention de La Haye de 1980 (v. *infra*, ad art. 14 LF-EEA) **ne semble nullement empêcher les deux pays de s'entendre sur ce que chacun supporterait les frais du médiateur ou de la médiatrice qu'elle a désigné**. Ainsi, dans les affaires, par exemple, **hispano-suisse**, l'Autorité centrale *suisse* désignerait et

supporterait les frais du *médiateur* qu'elle a désigné, l'Autorité centrale *espagnole* désignerait et supporterait les frais de la *médiatrice* qu'elle désigne.

- (i) L'Autorité centrale suisse ne devrait pas, de cette manière, **faire face à des surcoûts résultant d'une co-médiation** dans des affaires d'enlèvement d'un *État partenaire vers la Suisse*, visé à titre prépondérant par le présent mandat.
- (ii) L'Autorité centrale suisse devrait, certes, faire face à un coût supplémentaire dans des affaires d'enlèvement *de Suisse vers un État partenaire*. Mais on peut penser que ce seraient des **ressources sagement investies** si un tel investissement supplémentaire aboutirait à « rassurer » le parent requérant, qui, dans ces cas, réside en Suisse, et qui est souvent suisse, à mieux le disposer à l'égard d'une médiation, **et à augmenter de la sorte les chances d'une issue concertée, dans l'intérêt de la famille**, y compris des membres de la famille qui continueront à vivre en Suisse à titre principal (le parent requérant et, dans un pourcentage de ces affaires, l'enfant lui-même). Pour citer le **Message** à la LF-EEA:

« Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain que l'on obtiendra si l'on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un accord amiable. Non seulement on épargnera ainsi de grandes souffrances à l'enfant, mais encore on évitera aux autorités étatiques et aux services sociaux ainsi qu'aux assurances les frais liés à l'exécution d'un retour forcé, frais qui peuvent perdurer même après le retour de l'enfant **si celui-ci doit subir des préjudices psychiques ou physiques dont la réparation sera inéluctablement à la charge des pouvoirs publics ou des assurances** » (FF 2007 2469)

14. Quant à la **conciliation**, aucune information ne se dégage des décisions du Tribunal fédéral au sujet de la manière dont celle-ci a **été menée par le tribunal cantonal**. Très peu d'informations sont fournies à ce sujet des quelques décisions cantonales consultées. Ce **quasi-silence** des décisions sur ce point peut peut-être s'expliquer par le fait que, si le tribunal renonce à prescrire la médiation, il est aussi convaincu qu'il ne vaut pas non plus la peine d'investir beaucoup de temps et des efforts dans la conciliation : s'il estime que la médiation est vouée à l'échec et ne l'ordonne pas, c'est que les parties ne sont en général pas non plus prêtes à « concilier ».

15. On ajoutera que, si la conciliation a été réglée aux articles 197 s. **par le CPC**, dont on rappellera que l'entrée en vigueur (au 1^{er} janvier 2009) est postérieure à celle de la LF-EEA (1^{er} juillet 2009) et que le CPC prescrit la conciliation en principe pour tous litiges, sauf exceptions, les **litiges relevant de la procédure sommaire constituent précisément l'une de ces exceptions**.

16. Or les procédures d'enlèvement doivent précisément suivre la procédure *sommaire*, comme le prescrit ce même article 8 LF-EEA (cf. art. 198 ch. 1 CPC). Cela entraîne, d'une part, que l'article 8 LF-EEA, en ce qu'il prescrit au moins la conciliation comme obligatoire, continue, même après l'entrée en vigueur du CPC, d'être pertinent car, à défaut, en vertu du CPC, la conciliation ne devrait pas avoir lieu (art. 198 ch. 1 CPC) ; d'autre part, il semble qu'on **ne soit pas tout à fait au clair sur les dispositions qui sont applicables à la conciliation**, qui est, quant à elle, **organisée de manière assez détaillée par le CPC**. On peut alors se demander si l'article 8 LF-EEA ne devrait pas renvoyer expressément ou bien « *aux articles 197 CPC en tant qu'applicables* » ou bien à certains d'entre eux au moins.

17. On peut également se demander si **l'autorité de conciliation** ne pourrait pas

- (i) être composée de **médiateurs/médiatrices ou assistantes/sociaux**, à l'instar de la composition multidisciplinaire de l'autorité de conciliation est prévue pour les litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité comme le prescrit l'article 200 CPC ;

- (ii) être composée d'au moins **une femme et un homme**, et donc être **paritaire**, à l'instar de la composition multidisciplinaire de l'autorité de conciliation prévue pour les litiges de relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité comme le prescrit l'article 200 CPC, qui, justement, est intitulé « *autorité paritaire de conciliation* ».

Démarches envisageables

Pour résumer les propositions qui ont été évoquées plus haut à propos de cet article 8 LF-EEA, on peut se demander s'il ne faudrait pas

1. réfléchir à éventuellement préciser à l'article 8 LF-EEA que la médiation peut régler **certains aspects du litige**, y compris les relations personnelles au cours de la procédure de retour et toute autre source de désaccord ;
2. sensibiliser les tribunaux cantonaux sur ce qu'une médiation peut aboutir à régler certains aspects du litige, et notamment les relations personnelles des parents avec l'enfant au cours de la procédure de retour et du séjour de l'enfant en Suisse, laquelle peut se prolonger pendant quelques mois ;
3. réfléchir aux pour et contres d'une injonction à la médiation, ;
4. à développer en pratique une « **co-médiation** » **bi-culturelle, bi-lingue, bi-étatique, bi-professionnelle, bi-sexe** pour que le parent requérant puisse la considérer plus légitime ;
5. réfléchir à l'éventualité de songer à une autorité de conciliation « *multidisciplinaire* » et « *paritaire* », comme l'article 200 CPC le prescrit pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité du 24 mars 1995.

On pourrait songer en particulier à retoucher l'article 8 LF-EEA selon l'un ou plusieurs des propositions ci-dessous :

Option 1

¹ Le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise **le retour** volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable **du litige ou de tout aspect de celui-ci [ou : de toute question litigieuse] [ou : entre les parties]**, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait.

Option 2

¹ Le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise **le retour** volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable **du litige ou de tout aspect de celui-ci**, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. **La conciliation est réglée par les dispositions du CPC en tant que compatibles.**

Option 3

¹ Le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise **le retour** volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable **du litige ou de tout aspect de celui-ci**, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. **La conciliation est réglée par les dispositions du CPC en tant que compatibles. L'autorité de conciliation se compose d'un-e président-e et d'un médiateur ou d'une médiatrice et d'un-e assistant-e social-e. Une représentation paritaire entre hommes et femmes est assurée.**

7. Audition et représentation de l'enfant (art. 9 LF-EEA)

Art. 9 Audition et représentation de l'enfant

1. Dans la mesure du possible, le tribunal entend les parties en personne.
2. Il entend l'enfant de manière appropriée ou charge un expert de cette audition, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent.
3. Il ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Celle-ci peut formuler des requêtes et déposer des recours.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2466-2467)

6.8 Audition et représentation de l'enfant (art. 9)

« Dans la mesure du possible, le tribunal entend les parties en personne (art. 9, al. 1). Il peut être nécessaire de faciliter le voyage en Suisse au parent vivant à l'étranger qui a requis le retour de l'enfant et, au besoin, de lui accorder une aide financière pour couvrir ses frais de voyage. En effet, la présence des deux parents peut être déterminante pour la compréhension de la situation de l'enfant. Il convient d'éviter autant que possible que le parent demandeur qui vit dans un pays lointain soit obligé d'effectuer deux voyages vers la Suisse. Aussi la procédure doit-elle être conçue de telle sorte qu'en cas d'échec de la tentative de médiation, la procédure judiciaire proprement dite débute immédiatement par l'audition des parties. L'enfant est entendu d'office (art. 9, al. 2), dans la mesure où son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Au demeurant, s'agissant de l'exécution de l'audition et d'éventuelles dérogations au principe de l'audition, il y a lieu de s'en tenir à la pratique qui s'est développée en relation avec les art. 144, al. 2, et 314, ch. 1, CC. Le tribunal peut confier l'audition à des experts (par exemple, au sens de l'art. 3). Le tribunal doit nommer un représentant pour l'enfant (art. 9, al. 3). En qualité de curateur, il lui désigne une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Cette personne peut formuler des requêtes et déposer des recours. Elle représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour. Le curateur ne doit pas seulement disposer des connaissances juridiques nécessaires dans les cas d'enlèvement d'enfants; il faut encore qu'il soit apte à conseiller et à écouter l'enfant et comprenne ses origines culturelles, sociales et familiales. En outre, lorsqu'ils choisissent le représentant de l'enfant, les tribunaux doivent veiller à ce qu'il ait une expérience suffisamment solide pour sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance et sans se laisser trop influencer par les parents. Les experts et institutions mentionnés à l'art. 3 devraient faciliter l'accès à des personnes qualifiées pour assurer la représentation de l'enfant ».

Questions posées

Mise en œuvre

- 7.1. L'art. 9 est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses (audition des parties ; audition et représentation de l'enfant) ? Si oui, comment ?
- 7.2. À quel moment la représentation de l'enfant est-elle mise en place ?
- 7.3. Quelles sont les tâches du/de la représentant(e) d'enfant ? A-t-il/elle des tâches aussi au stade de l'exécution de la décision de retour ?
- 7.4. Dans quelles conditions l'audition a-t-elle lieu ? Dans le cadre de la procédure judiciaire de retour, l'enfant concerné est-il entendu par le tribunal ? Dans l'affirmative, par qui, au

sein du tribunal ? Si ce n'est pas le cas, pourquoi ? L'audition est-elle parfois déléguée à un(e) spécialiste et, dans l'affirmative, à quelles conditions ?

7.5. À quel moment l'enfant est-il entendu (avant ou après la prise de position du/de la représentant(e) d'enfant) ?

7.6. Comment les enfants sont-ils convoqués à l'audition ?

7.7. Les frères et sœurs sont-ils entendus ensemble ou séparément ? Pourquoi ?

7.8. Le/la représentant(e) d'enfant est-il/elle présent(e), resp. peut-il/elle être présent(e) lors de l'audition de l'enfant ?

Efficacité

7.9. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

7.10. Les juges sont-ils/elles formés pour entendre des enfants ?

7.11. Quelles sont les exigences au regard des qualifications des représentant(e)s d'enfant ?

7.12. Les représentant(e)s d'enfants ont-ils/elles accès aux demandes et conclusions des deux parents avant d'introduire leur prise de position ?

7.13. À partir de quel âge les enfants sont-ils entendus ?

7.14. La volonté de l'enfant est-elle suffisamment prise en considération ? Quel rôle l'âge de l'enfant joue-t-il dans ce contexte ?

Analyse

1. Dans pas moins de **18 décisions** prononcées par le Tribunal fédéral, il est question de l'article 9 LF-EEA et notamment :

- (i) pour **trois d'entre elles**, de l'alinéa 1 au sujet de l'**audition des parties** (au besoin en conjonction avec l'alinéa 2 ou l'alinéa 3);
- (ii) pour **neuf** d'entre elles, de l'alinéa 2 au sujet de l'**audition de l'enfant** (et, pour certaines d'entre elles, en conjonction avec l'alinéa 1 ou l'alinéa 2)
- (iii) dans **dix** d'entre elles, de l'alinéa 3, au sujet de la **représentation de l'enfant par un curateur ou d'une curatrice** (et, pour certaines d'entre elles, en conjonction avec l'alinéa 1 ou l'alinéa 2).

2. Dans 15 des affaires auxquelles se rapportent ces 17 décisions, la violation de l'article 9 LF-EEA avait été invoquée par la partie qui formait un recours devant le Tribunal fédéral en vue d'obtenir l'annulation de la **décision cantonale**. Il s'agissait majoritairement du parent ravisseur que le tribunal cantonal astreignait au retour de l'enfant. Dans toutes ces 15 affaires, le moyen tiré de la violation de l'article 9 LF-EEA **s'ajoutait** aux moyens tirés de la violation d'autres dispositions de la LF-EEA, notamment, mais pas uniquement, de l'article 5 LF-EEA. Autrement dit, la violation de l'article 9 LF-EEA n'a jamais été invoquée seule.

3. Le Tribunal fédéral ne semble pas avoir **eu l'occasion d'annuler une seule décision cantonale au motif que celle-ci aurait violé l'article 9 LF-EEA**. Autrement dit, le Tribunal fédéral semble avoir toujours confirmé la manière dont les tribunaux cantonaux

s'y sont pris s'agissant de 1) l'audition des parties ou, plus rarement, de la non-audition des parties ; 2) de l'audition ou de la non-audition de l'enfant ; 3) de la désignation – ou, beaucoup plus rarement, la non désignation – d'un curateur ou d'une curatrice.

4. Quant au contexte dans lequel s'inscrit l'article 9 LF-EEA, il arrive parfois que le Tribunal fédéral éprouve le besoin de préciser que la CLaH 80 impose aux États contractants **de procéder d'urgence** (« **Beschleunigungsgebot** »), si bien que les **mesures procédurales** « prévues par la loi fédérale ne doivent pas avoir pour conséquence de **prolonger la procédure de manière excessive** ».

Affaire helvético-serbe, 5A_569/2009 du 10.11.2009 cons. 1.2 ss)

« 2. Il ricorrente sostiene che la Corte cantonale **avrebbe violato una serie di norme procedurali contenute nella LF-RMA**. Tali lamentele verranno trattate prima delle censure concernenti la pretesa violazione della CArap. L'asserita impossibilità della madre di accompagnare il ricorrente in Serbia, invocata anche nelle censure che seguono, sarà esaminata nell'ambito dell'applicazione dell'art. 13 cpv. 1 lett. b CArap. Con riferimento all'applicazione delle norme della LF-RMA giova premettere che in linea di principio le convenzioni internazionali prevalgono sul diritto interno (DTF 131 V 390 consid. 5.2; 131 II 352 consid. 1.3.1) e che giusta l'art. 11 CArap **le autorità giudiziarie o amministrative di ogni Stato contraente devono procedere d'urgenza al fine del ritorno del minore. Ciò significa che le misure previste dalla citata legge federale non possono portare ad un'eccessiva protrazione della procedura** ».

5. Dans un nombre **bien plus important** des affaires où le Tribunal fédéral a dû mettre en œuvre la LF-EEA, l'audition des parties (article 9 al. 1) et de l'enfant (article 9 al. 2) et la représentation de l'enfant (article 9 al. 3) avaient été sollicitées par une des parties et ordonnées par le tribunal cantonal. Pour ce qui est de ces autres affaires, il y a lieu de retenir

- (i) d'une part, que le Tribunal fédéral, dans la partie de sa décision qui résume les faits et la procédure qui s'était déroulée devant l'autorité cantonale, **n'évoque pas expressément l'article 9 LF-EEA** ;
- (ii) d'autre part, que l'audition des parties ou de l'enfant ou la représentation de l'enfant n'ont pas été « **thématisées** » par le Tribunal fédéral au motif notamment que de tels éléments n'avaient pas fait l'objet du recours formé devant lui.

6. Il convient de traiter successivement de chacun des alinéas de cet article 9 et des questions qu'ils évoquent : alinéa 1 au sujet de l'audition des parties (1), alinéa 2 au sujet de l'audition de l'enfant (2) et alinéa au sujet de la désignation d'un curateur à celui-ci (3).

1. Audition des parties en personne (article 9 al. 1 LF-EEA)

7. L'audition des parties a suscité **peu de controverses** devant le Tribunal fédéral. Celui-ci n'en a pas moins, à l'occasion de deux affaires, apporté quelques précisions.

- (i) L'article 9 al. 1 LF-EEA **n'impose pas** en toute circonstance **l'audition en personne** des parents parties à la procédure.
- (ii) Il s'ensuit qu'aucun reproche ne saurait être adressé à un tribunal cantonal qui a renoncé à l'audition des parents compte tenu, d'une part, de la **distance du parent requérant** et, d'autre part, de **l'exhaustivité des écritures des parties** et des arguments qu'elles y avaient développés.

Affaire helvético-bulgare : 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.4 ss)

« 2.5 Gleiches **gilt für die persönliche Anhörung der Eltern: Abgesehen davon, dass diese gemäss dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 BG-KKE nicht zwingend ist sowie angesichts der weiten Distanz für die physische Anreise**

der Mutter, der wiederholten Darlegung der klaren Parteistandpunkte in zahlreichen Schriftsätzen und dem in jeder Hinsicht erstellten Sachverhalt gute Gründe **für einen Verzicht auf die persönliche Einvernahme der Parteien bestanden (Beschleunigungsgebot)**, wird in der Beschwerde nicht aufgezeigt, dass und an welcher Stelle im Verlauf des Verfahrens an der persönlichen Einvernahme der Parteien festgehalten worden wäre (namentlich wurden im Schlussvortrag zwar diverse andere Anträge gestellt, aber nirgends ein solcher auf Einvernahme der Parteien), so dass das erst im Rechtsmittelstadium gemachte Vorbringen jedenfalls trölerisch ist und deshalb nicht gehört werden kann, umso mehr als vorliegend der Sachverhalt in jeder Hinsicht klar ist (dazu E. 3). **Entsprechend kann auch eine auf Art. 105 Abs. 2 BGG gestützte Anhörung der Parteien direkt durch das Bundesgericht, wie sie vom Beschwerdeführer verlangt wird, nicht in Frage kommen; das Bundesgericht nimmt grundsätzlich keine Beweise ab** ».

- (iii) Le tribunal cantonal n'est pas tenu de reprendre dans les motifs de sa décision **tout élément de fait** qui a été évoqué par les parties au cours de l'audition en personne de celles-ci, si bien qu'aucune violation de l'article 9 al. 1 LF-EEA ne saurait être retenue du fait que la décision cantonale aurait omis de rendre compte de tel ou tel élément.
- (iv) L'article 9 al. 1 LF-EEA n'est à plus forte raison non plus violé lorsque les parents ont été invités par le tribunal cantonal à une audience au cours de laquelle ils ont été entendus personnellement et ce alors même que l'un d'eux se plaint de ce que le tribunal cantonal **n'a pas tenu compte des inquiétudes et craintes** qu'il avait manifesté en audience.

Affaire helvético-serbe : 5A_583/2009 du 10.11.2009 cons. 3.2)

« 3.2 La ricorrente sostiene pure che la Corte cantonale avrebbe violato l'art. 9 LF-RMA **a causa della mancata audizione personale dei coniugi. Ella afferma che in occasione di un'audizione personale il tribunale avrebbe segnatamente potuto udire le sue preoccupazioni e il marito avrebbe potuto riferire sulla sua situazione finanziaria.**

Ora, la norma invocata prevede di sentire per quanto possibile le parti personalmente. Ciò è avvenuto in concreto, atteso che la Corte cantonale ha indetto un'udienza a cui hanno pure presenziato personalmente le parti. Non è infatti ravvisabile, né viene indicato nel gravame, **il motivo per cui la ricorrente non avrebbe potuto esternare in occasione di tale udienza i propri argomenti e timori, né cosa avrebbe impedito al marito di fare le dichiarazioni ritenute opportune** ».

8. La lecture d'un échantillon des décisions fédérales et d'un échantillon de décisions cantonales laissent apparaître que les parties **sont assez régulièrement auditionnées et en personne**, notamment déjà lors d'une **première audience**, qui est aussi souvent celle où la « *conciliation* » est tentée, qui est en principe obligatoire si l'Autorité centrale ou, à défaut, le tribunal n'a pas ordonné une médiation (v. *supra*, art. 4 et 8 LF-EEA).

9. La jurisprudence cantonale fait état d'**audiences par visioconférence** – particulièrement depuis la pandémie au Covid 19 – qui ont permis une audition en personne du parent requérant tout en lui permettant de ne pas avoir à participer physiquement.

2. Audition de l'enfant (article 9 al. 2 LF-EEA)

10. L'audition de l'enfant a donné lieu à plus de controverses devant le Tribunal fédéral et aussi au sein de la doctrine. Il convient de distinguer entre la question de l'audition ou la non-audition de l'enfant (2.1), la question des modalités d'audition (2.2.) et la question de la prise en compte de l'opinion exprimée par l'enfant lors de l'audition et notamment de l'éventuelle opposition au retour qu'il aurait manifestée (2.3).

2.1. Audition ou non-audition ?

11. Le Tribunal fédéral a, à ce sujet, développé les principes suivants :

- (i) selon ce que Mon Repos avait eu l'occasion de préciser dans deux arrêts d'avant la LF-EEA – ATF 133 III 146 et 134 III 88 –, l'audition de l'enfant dans le cadre d'une procédure d'enlèvement devrait intervenir **à partir de l'âge de 11 à 12 ans**. Voici par exemple ce qu'on lit dans une décision de 2015 :

Affaire helvético-hongroise : 5A_51/2015 du 25.03.2015 cons. 5.2.

« Die Bestimmung von Art. 133 Abs. 2 ZGB, wonach die Meinung des Kindes im Scheidungsverfahren soweit tunlich zu berücksichtigen ist, **sowie die im Rückführungsverfahren eine Anhörung des urteilsfähigen Kindes vorschreibende Norm von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE bringen eine Grundanschauung der schweizerischen Werteordnung zum Ausdruck, wonach der Kindeswille in die Entscheidungsfindung einzufließen habe, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in welchem es zu autonomer Willensbildung befähigt ist. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ab ungefähr elf bis zwölf Jahren der Fall (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149 f.) und kann aufgrund der ersichtlichen Reife für beide Mädchen angenommen werden. Freilich steht es nicht zur freien Disposition der Kinder, schon gar nicht im Vollstreckungsverfahren, wo und bei wem sie lieber sein möchten (BGE 134 III 88 E. 4 S. 91)**. Vielmehr geht es - in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ und betreffend die materiellen Scheidungs- bzw. Sorgerechtsverfahren - auch im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ nicht um aufenthaltsbezogene Dispositionsbefugnisse des Kindes, **sondern darum, dass sein Wille bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt und nach Möglichkeit beachtet wird, was umso mehr der Fall ist, je älter das Kind ist und je mehr es seinen Willen mit Nachdruck äussert und sich der Rückführung mit plausiblen Gründen widersetzt** (dazu im Einzelnen BGE 133 III 88 E. 4 S. 91, wo im Ergebnis die Rückführung von 8- und 14-jährigen Kindern nach Frankreich angeordnet worden ist; geschützt durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Nr. 3592/08 vom 22. Juli 2014). Bezogen auf das ESÜ muss das Widersetzen folglich so geartet sein, dass die Rückführung angesichts der Verweigerungshaltung der Kinder in offensichtlicher Weise gegen die Grundwerte des schweizerischen Familien- und Kindesrechts verstossen würde ».

- (ii) Il s'ensuit que le tribunal cantonal n'a pas à auditionner *ex officio* un **enfant de moins de six ans** et qu'une des parties – un des parents – est d'autant moins fondée à invoquer la violation de l'article 9 al. 2 LF-EEA tirée de l'absence d'audition que, représentée tout au long de la procédure par un avocat, **elle n'a pas sollicité une telle audition lorsqu'elle avait le loisir de le faire**.

12. Bien des auteurs ont pu faire grief au Tribunal fédéral de ne pas clairement distinguer entre, d'une part, l'âge à partir duquel l'enfant **est susceptible de fournir des éléments utiles** à l'appréciation de la situation – et au besoin à vérifier l'absence de risque d'un danger physique ou psychique –, qui peut être situé autour de **5 à 6 ans**, et, d'autre part, l'âge à partir duquel une **éventuelle opposition de l'enfant visée à l'article 13 al. 2 CLaH 80 est susceptible d'être prise en considération**, âge qui peut être situé autour de **11 à 12 ans**. Ils ont pu, en conséquence, regretter l'approche différente suivie par le Tribunal fédéral à l'égard de l'audition de l'enfant selon le contexte : dans le contexte de l'enlèvement d'enfants, 11-12 ans, dans le contexte d'un litige interne sur la responsabilité parentale, plutôt 5 à 6 ans.

Ainsi, **S. Horvath** a pu écrire comme suit: « Ungeachtet der Tatsache, dass Art. 9 Abs. 2 BG-KKE und Art. 298 Abs. 1 ZPO **analog formuliert sind**, und in Abweichung von der eigenen Auffassung im Familienrecht, **wonach Kindesanhörungen ab sechs Jahren möglich sind, erachtet das Bundesgericht die Anhörung von Kindern ab sechs Jahren im Rückführungsverfahren auch in seiner neueren Praxis nicht als**

notwendig. Es begründet dies damit, dass ein sechsjähriges Kind auch im materiellen Verfahren nicht zwingend anzuhören wäre, und bestätigt damit die eigene Praxis vor Inkrafttreten des BG-KKE, gemäss welcher die Anhörung von Kindern, welche noch nicht zur autonomen Willensbildung fähig seien, nicht notwendig sei. Dahinter steckt die Überlegung, dass im Rückführungsverfahren nur zu prüfen ist, ob sich das Kind im Sinne von Art. 13 Abs. 2 HKÜ aufgrund eines autonom gebildeten Willens der Rückführung widersetzt, und dies grundsätzlich erst ab zehn bis 14 Jahren möglich und zu prüfen sei. Ferner macht das Bundesgericht die Anhörung des Kindes vom Vorliegen eines entsprechenden Antrages abhängig » (Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen: ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts », FamPra.ch 2017 p. 999 ss, 1011 ss).

Citons également **T. Geiser**, Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts, PJA 2014 p. 395 ss, 403: « Im gleichen Entscheid hatte sich das Bundesgericht auch zur Frage zu äussern, ob das Kind im kantonalen Verfahren gemäss Art. 9 Abs. 2 BG-KKE vom Gericht hätte angehört werden müssen, was es verneinte. Der Mutter hielt es entgegen, eine Anhörung sei in einem Rückführungsentscheid erst mit elf bis zwölf Jahren zwingend und zudem habe die beschwerdeführende Mutter das Unterbleiben der Anhörung im kantonalen Verfahren nicht geltend gemacht. **Letzteres erstaunt insofern, als die Anhörung nicht (nur) im Interesse der vor kantonalen Instanz unterlegenen Partei erfolgen soll, sondern von Amtes wegen im Kindesinteresse, so dass sie auch erfolgen muss, ohne dass eine Partei sie verlangt** ».

13. On trouve bien des décisions cantonales qui, en s'appuyant parfois expressément sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, **renoncent purement et simplement à l'audition d'un enfant de moins de 10 ans.** A titre d'exemple, **six décisions (sur les dix consultées) du tribunal cantonal de Zurich** évoquant l'article 9 LF-EEA que nous avons consultées précisent que « *en raison de leur âge, il est renoncé à l'audition de l'enfant* ». Les enfants avaient respectivement – et selon l'ordre de présentation ci-dessous des affaires concernées - **9 ans, 6 ans, 5 ans, 6 ans, 2 ans, 2 ans.** Dans l'une de ces décisions zurichoises, de 2019, le Tribunal fédéral est cité selon lequel « **il n'est pas indiqué d'entendre des enfants de moins de 11-12 ans** ».

Zurich, Obergericht, NH190002 du 14.08.2019 cons. 3.4.1.2)

« 3.4.1.2 Die Beklagte beantragte in prozessualer Hinsicht, es sei C._____ im Rahmen des hiesigen Verfahrens persönlich anzuhören (act. 25 S. 3). Das Bundesgericht erachtet eine Anhörung des Kindes gestützt auf einschlägige kinderpsychologische Literatur erst ab ca. elf bis zwölf Jahren als angezeigt, da es etwa ab diesem Alter zu autonomer Willensbildung fähig ist, d.h. es seine eigene Situation zu erkennen und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung zu bilden vermag. Etwa ab diesem Alter kann es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheides verstehen und insbesondere erkennen, dass es nicht um eine Sorgerechtsregelung geht, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird (BGer 5A_229/2015 E. 5.1.; BGE 133 III 146 E. 2.6.; BGE 131 III 334, E. 5.1. f.). C._____ **ist zum heutigen Zeitpunkt erst neun Jahre alt, und es ist daher mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht angezeigt, sie persönlich anzuhören.** Auf eine Anhörung von C._____ i.S. des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE ist zu verzichten » (l'enfant était donc âgé de 9 ans).

Zurich, Obergericht, NH220001 du 05.07.2022 cons. 4)

« Auf eine Anhörung von C._____ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE **wurde aufgrund seines Alters verzichtet** (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) » (l'enfant était âgé de 6 ans).

Zurich, Obergericht, NH210001 du 11.05.2021 cons. 2.2 ss

« 2.2. **Auf eine Anhörung von C._____ i.S. des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE wurde aufgrund deren Alters** (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) verzichtet. Die Vertreterin des

Kindes äusserte sich anlässlich der Verhandlung vom 29. April 2021 noch kurz zum Treffen von Vater und Tochter (am Vortag Prot. S. 57 ff.; act. 48) » (l'enfant était âgée de 5 ans).

Zurich, Obergericht, NH210003 du 27.09.2021 cons. 3.

« 3. Die Kammer gelangte aufgrund der Akten sowie der Vergleichsgespräche zur Überzeugung, dass die Parteien die unter Mitwirkung des Gerichts getroffene Vereinbarung aus freiem Willen und nach guter Überlegung geschlossen haben » (l'enfant était âgée de 6 ans).

Auf eine Anhörung von C._____ i.S. des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE konnte aufgrund ihres Alters (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) verzichtet werden ».

Zurich, Obergericht, NH190001 du 30.07.2019 cons. 3

« Auf eine Anhörung von C._____ i.S. des Art. 9 Abs. 2 BG-KKE **konnte aufgrund seines Alters (vgl. BGE 133 III 146 E. 2.6) verzichtet werden** » (l'enfant était âgé de 2 ans).

Zurich, Obergericht, NH130003 du 09.07.2013 cons. 8

« Eine Anhörung von C._____ ist **angesichts ihres Alters offensichtlich nicht opportun (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE)** » (l'enfant était âgée de 2 ans).

14. On trouve cependant des décisions cantonales qui font état de **l'audition d'enfants bien plus petits**. Il faut remarquer que lorsque le tribunal cantonal charge le service cantonal de protection des mineurs de faire un bref rapport sur la situation de l'enfant et de se prononcer sur le besoin de mesures de protection, il arrive souvent que le **service cantonal s'entretienne avec l'enfant, même en bas âge** – à titre d'exemple, dans des décisions vaudoises, de **trois ans** – si bien que l'enfant a eu l'occasion de s'entretenir avec un expert qui en fera rapport au tribunal, **sans compter l'entretien et souvent les plusieurs entretiens que le curateur ou la curatrice a avec un enfant, même en bas âge**.

Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 17 octobre 2022/176 du 17.10.2022 cons. 1 ss

« 2.2.2 Me P._____, avocat à Lausanne, a été désigné en qualité de représentant de l'enfant O._____ par décision de la juge déléguée du 25 août 2022. **L'enfant, âgée de 3 ans, a pu être entendue, à tout le moins observée, à la fois par le curateur de représentation et les intervenants de la DGEJ**. Le père et la mère ont quant à eux été entendus par la Chambre de céans le 20 septembre 2022 ».

15. Une décision cantonale (de Bâle-Ville) a précisé qu'il s'agit d'un droit pour l'enfant et **non pas d'une obligation**, si bien que le refus d'être auditionné d'un enfant pourtant en âge de l'être au motif qu'il préfère ne pas avoir à exprimer son opinion sur le conflit opposant ses parents **doit être respecté et qu'il doit être renoncé dans ce cas à son audition**.

Bâle-Ville, Cour d'appel, DG.2017.16 du 03.04.2017 cons. 1.6.

« 1.6 Soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen, hört das Gericht das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson (Art. 9 BG-KKE). C_____ könnte von ihrem Alter her durchaus angehört werden. Wie ihr Vertreter nachvollziehbar mitgeteilt hat, hat sie aber klar geäussert, dass sie im vorliegenden Verfahren weder eine Stellungnahme zu ihren Wünschen abgeben noch angehört werden möchte. **Dieser klare Wunsch ist zu respektieren**. Es entspricht auch dem Wunsch beider Eltern, C_____ im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht anzuhören. Es liegen somit wichtige Gründe dafür vor, auf die Anhörung von C_____ zu verzichten ».

2.2. Modalités de l'audition

16. Quant aux modalités de l'audition, il faut retenir les principes suivants développés par le Tribunal fédéral :

- (i) L'article 9 al. 2 LF-EEA n'impose pas au tribunal d'entendre lui-même l'enfant mais évoque, comme option alternative à l'audition directe par le tribunal, la possibilité d'en **charger un expert** ; le Tribunal fédéral semble dès lors refuser de voir en l'article 9 al. 2 LF-EEA **une hiérarchisation entre une « audition directe » et une « audition déléguée »** ;

Affaire helvético-bulgare : 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.4 ss)

« 2.4 Soweit dem Obergericht vorgeworfen wird, das Kind nicht selbst angehört zu haben, ist zunächst festzuhalten, dass Art. 9 Abs. 2 BG-KKE sowohl die Anhörung durch das Gericht als auch diejenige durch eine Fachperson erwähnt. **Ausführungen zu einer möglichen Hierarchie zwischen eigener und delegierter Anhörung sind vorliegend insofern nicht zielgerichtet**, als aufgrund der Parteivorbringen eine massive Einflussnahme auf den Kindeswillen im Raum stand und das Obergericht offensichtlich davon ausging, eine Fachperson könnte die Aussagen des Kindes besser darauf hin beurteilen ».

- (iii) S'il est préférable que le **procès-verbal** de l'audition de l'enfant soit suffisamment précis et qu'il se prononce sur l'influence que peuvent avoir subies les déclarations de l'enfant du fait d'un parent, une violation de l'article 9 al. 2 LF-EEA n'est pas à retenir notamment lorsque le parent qui l'invoque aurait pu solliciter du Tribunal cantonal une nouvelle audition ou l'établissement d'un procès-verbal plus détaillé.

Affaire helvético-bulgare 5A_674/2011 du 31.10.2011 cons. 2.4 ss)

« **Es trifft zu, dass der Anhörungsbericht von T. _____ sehr summarisch ausfiel und insbesondere keine Aussagen zur Beeinflussung des Kindeswillens enthält.** Inwiefern vor diesem Hintergrund eine erneute Anhörung direkt durch das Obergericht opportun gewesen wäre, kann vorliegend aber offen bleiben: **Den Parteien wurde zum Anhörungsbericht umgehend das rechtliche Gehör gewährt und sie hielten es offensichtlich nicht für nötig, einen ausführlicheren Bericht oder eine Anhörung direkt durch das Gericht zu verlangen.** Jedenfalls zeigt der Vater entgegen den in E. 1.2 dargestellten Rügepflichten nicht auf, dass und an welcher Stelle er im Verlauf des weiteren Verfahrens eine solche verlangt hätte. Ebenso wenig zeigt er auf, dass und an welcher Stelle er sein Beschwerdevorbringen, **der Anhörungsbericht sei viel zu kurz und könne den Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE nicht genügen, bereits vor Obergericht erhoben hätte.** Sämtliche Vorbringen im Zusammenhang mit der angeblichen **Verletzung von Art. 9 Abs. 2 BG-KKE** sind deshalb - abgesehen davon, dass sie auch inhaltlich nicht zutreffen - im jetzigen Verfahrensstadium verspätet, dies jedenfalls vor dem Hintergrund, dass der Sachverhalt in jeder Hinsicht klar ist (dazu E. 3: Situation in Bulgarien bezüglich familiärer und schulischer Belange; Äusserungen des Kindes, die dem Gericht namentlich von seiner Vertreterin wiederholt übermittelt worden sind, sich aber auch aus verschiedenen Berichten ergeben) ».

17. La lecture des décisions fédérales, et d'un échantillon de décisions cantonales, laisse apparaître que la pratique est caractérisée par les quelques éléments suivants.

- (i) Parfois l'enfant est auditionné par le **juge directement**, et parfois il est **assisté par le curateur ou la curatrice**, qui peut au demeurant fonctionner en tant qu'interprète.

Neuchâtel, Tribunal cantonal, CMPEA.2020.16 du 23.10.2020 cons. 5)

« L'article 9 LF-EEA prévoit que le tribunal entend les parties, dans la mesure du possible. Il entend l'enfant de manière appropriée ou charge un expert de cette

audition, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres motifs ne s'y opposent. Il ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques.

A. _____ a été entendu en anglais, le 3 juin 2020, par le juge, en présence de sa curatrice F. _____, qui a également fonctionné comme interprète, et de son curateur de représentation. Les parents ont été interrogés lors de l'audience du 10 juillet 2020. Des rapports de l'OPE ont été versés au dossier. Le représentant de l'enfant, nommé pour cette procédure, a assisté aux audiences et a été invité à se déterminer à toutes les étapes de la procédure ».

- (ii) Parfois le tribunal délègue la tâche au service cantonal de protection des mineur-e-s qui désignera, lui, une **personne qui procédera à l'audition**. Ainsi qu'il l'a déjà été évoqué (*supra*, n° 15), il semble que l'audition de l'enfant par le service cantonal de protection intervient dans le cadre de l'établissement d'un rapport sur la situation du mineur dont le juge a chargé le service cantonal afin aussi qu'il se détermine au sujet de mesures de protection du mineur.
- (iii) Parfois – outre l'audition sous (i) et (ii) – le tribunal, à la demande d'une des parties, ordonne une expertise psychiatrique et c'est donc un **psychiatre** qui entend l'enfant et **établit un compte rendu détaillé de cette audition**.

Dans l'affaire **helvético-thaïlandaise** et dans une affaire **helvético-espagnole** de 2017 (v. *infra*, ad art. 13 LF-EEA, n° 12), un pédopsychiatre avait été chargé d'une expertise.

18. La lecture d'un échantillon de décisions fédérales et d'un échantillon de décision cantonales semble suggérer que l'enfant finit dans bien d'affaires **par être entendu plusieurs fois et par des personnes différentes** : une fois par le Service de protection des mineurs au début de la procédure, une ou plusieurs fois par le curateur ou la curatrice – et c'est parfois sur le compte rendu de l'entretien entre curateur ou curatrice et enfant que le parent ravisseur s'appuie pour invoquer le motif de refus inscrit à l'article 13 al. 2 LF-EEA fondé sur l'opposition de l'enfant -, parfois une autre fois lors d'une expertise psychiatrique.

2.3. Prise en compte de la volonté de l'enfant

19. La LF-EEA ne comporte pas de précisions qui concrétisent l'article 13 al. 2 CLaH 80, qui énonce comme suit :

Art. 13 al. 2 CLaH 80

« L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ».

20. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de fournir les précisions suivantes :

- (i) il y a lieu de **distinguer** entre *opinion* de l'enfant et *volonté* de l'enfant.
- (ii) L'opposition **qualifiée** de l'enfant, c'est-à-dire exprimée avec une certaine fermeté, reposant sur des motifs **particuliers et compréhensibles**, et formée librement, constitue une **exception au principe du retour en cas de déplacement illicite**, mais ne confère pas à l'enfant le droit de choisir librement le lieu de séjour de la famille.

Affaire **helvético-grecque** : 621/2022 du 28.09.2022 cons. 6.1 ss)

« 6.1. Selon cette dernière disposition, l'autorité judiciaire de l'État requis peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. **L'opposition qualifiée de l'enfant, c'est-à-dire**

exprimée avec une certaine fermeté, reposant sur des motifs particuliers et compréhensibles, et formée librement, constitue une exception au principe du retour en cas de déplacement illicite, mais ne confère pas à l'enfant le droit de choisir librement le lieu de séjour de la famille (ATF 134 III 88 consid. 4; arrêts 5A_709/2016 du 30 novembre 2016 consid. 5.5.1; 5A_930/2014 du 23 décembre 2014 consid. 6.1.3).

- (iii) Lorsque l'enfant dit s'opposer au retour, une telle opposition ne peut être prise en compte, conformément à l'art. 13 al. 2 CLaH 80, que lorsque cet enfant a atteint un **degré de maturité suffisant** au sens de cette disposition, à savoir lorsqu'il est en mesure de **comprendre le sens et la problématique de la décision portant sur le retour**.
- (iv) L'enfant doit en particulier être capable de saisir que la procédure ne concerne ni la question du droit de garde, ni celle de l'autorité parentale, mais tend uniquement à **rétablir la situation antérieure** au déplacement illicite.

Affaire helvético-grecque : 621/2022 du 28.09.2022 cons. 6.1 ss)

« La CLaH80 ne fixe pas l'âge à partir duquel l'opinion de l'enfant doit être prise en considération; la doctrine considère que l'avis de l'enfant commence à devoir être pris en compte entre dix et quatorze ans (ATF 133 III 146 consid. 2.3; arrêt 5A_439/2019 du 2 juillet 2019 consid. 4.5). De jurisprudence constante, un enfant a atteint un degré de maturité suffisant au sens de cette disposition lorsqu'il est en mesure de comprendre le sens et la problématique de la décision portant sur le retour (ATF 131 III 334 consid. 5.1). **Il doit en particulier être capable de saisir que la procédure ne concerne ni la question de la garde, ni celle de l'autorité parentale, mais tend uniquement à rétablir la situation antérieure au déplacement illicite; il doit aussi être conscient que le point de savoir dans quel État et auprès duquel de ses parents il vivra à l'avenir sera tranché, après son retour dans le pays d'origine, par les autorités judiciaires de ce pays** (ATF 133 III 146 consid. 2.4). Fondée sur la littérature spécialisée en psychologie infantile, la jurisprudence du Tribunal fédéral retient qu'en principe un tel degré de maturité et de compréhension est atteint vers l'âge de douze ans (ATF 133 III 146 consid. 2.4; arrêt 5A_439/2019 précité consid. 4.5).

Les souhaits qu'exprime un enfant légèrement plus jeune ne doivent cependant pas simplement être ignorés et il appartiendra au tribunal de les apprécier. Il est néanmoins dans tous les cas indispensable que la volonté exprimée de l'enfant ait été formée de manière autonome afin qu'elle puisse constituer la base du motif indépendant d'exclusion du retour fondé sur l'article 13 al. 2 CLaH80. Si toute formation de volonté ne peut certes être détachée des influences extérieures, surtout pas chez les petits enfants (ATF 131 III 334 consid. 5.1), **elle ne doit néanmoins pas reposer sur la manipulation ou l'endoctrinement**, car on ne peut plus parler d'une volonté autonome imputable à l'enfant alors qu'elle ne fait que véhiculer l'avis de sa personne de référence actuelle. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la jurisprudence selon laquelle l'opposition de l'enfant au sens de l'art. 13 al. 2 CLaH80 **doit être exprimée avec une certaine insistance et des motifs compréhensibles** (arrêt 5A_666/2017 du 27 septembre 2017 consid. 5; cf. ATF 134 III 88 consid. 4) ».

- (iv) L'enfant doit aussi être conscient du fait que le point de savoir dans quel État et auprès duquel de ses parents il vivra à l'avenir sera tranché, après son retour dans le pays d'origine, par les **autorités judiciaires de ce pays**.
- (v) Dans des décisions plus récentes, le Tribunal fédéral a signalé qu'il faut savoir distinguer entre la volonté de l'enfant, **même forgée sous l'influence d'un parent**, d'une part, et une **véritable manipulation de l'enfant par l'un des parents**, d'autre part.

Affaire helvético-espagnole, 5A_666/2015, 27 sept. 2017

« Ein Kindeswille (dessen Beachtlichkeit eine Rechtsfrage darstellt, dazu E. 5) ist in tatsächlicher Hinsicht **zwangsläufig durch seine aktuellen Lebensumstände mitgeprägt, welche sich vorliegend dadurch auszeichnen, dass das Kind seit fast zwei Jahren mit seiner Mutter in der Schweiz lebt**. In diesem Sinn **wird es kaum je eine völlig unbeeinflusste Willensbildung geben**; es geht für die Rückführungsbehörde deshalb regelmässig darum, den zwar unter dem Einfluss eines Elternteils entstandenen, **aber dennoch beachtlichen Willen von einem zufolge eigentlicher Manipulation unbeachtlichen Kindeswillen abzugrenzen** (BG 131 III 334 E. 5.1 S. 340). Frage ist mit anderen Worten, ob über die zwangsläufig und naturgemäss erfolgende Beeinflussung durch die aktuellen Lebensbegebenheiten hinaus ein eigentlich manipulatives Verhalten durch die entführende Person vorliegt, so dass nicht mehr von einem eigenen Kindeswillen gesprochen werden kann, sondern dieses gewissermassen zum vorgeschobenen Sprachrohr der elterlichen Ansichten wird (vgl. auch die weiteren Hinweise in E. 5). Diesbezüglich ist die verneinende kantonale Beweiswürdigung aufgrund der erwähnten konkreten Umstände jedenfalls nicht willkürlich. Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf den Sachverhalt, dass die Ausgangslage heute eine grundlegend andere ist als vor einem Jahr. Das Kind ist insgesamt seit bald zwei Jahren in der Schweiz, es hat inzwischen das elfte Altersjahr hinter sich gelassen (zur rechtlichen Relevanz dieses Umstandes vgl. E. 5), es äussert seit geraumer Zeit den konstanten Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, und versucht, diesem Wunsch Nachachtung zu verschaffen, indem es seit über einem halben Jahr die gerichtlich angeordneten Besuchskontakte zum Vater beharrlich verweigert und mit ihm seit Monaten auch Kontakte auf anderen Kanälen (Telefon, Skype, u.ä.) verweigert ».

21. Certaines affaires révèlent la difficulté à laquelle les tribunaux sont confrontés lorsque **deux enfants** ont fait l'objet de l'enlèvement et que, pour ce qui est de l'un d'eux, on peut penser qu'il aurait l'âge et la maturité suffisants pour que son opposition au retour puisse être suivie, alors que pour l'autre, ce n'est manifestement pas le cas. La décision de retour a pu souvent, dans ces cas, être aussi motivée par le principe selon lequel **il vaut mieux ne pas séparer la fratrie** à moins que les parents consentent à ce qu'elle le soit (cf. ATF 6.1.2022, 5A_952/2021, c. 3.1).

22. La lecture d'un échantillon de décisions fédérales et de décisions cantonales semble signaler aussi la tendance des tribunaux suisses, lorsqu'il subsiste un **doute raisonnable** sur la question de savoir s'il y a **lieu ou non de prendre en considération la volonté de l'enfant** – par exemple de vivre en Suisse ou de vivre en Suisse auprès de tel parent – lorsqu'il a pu subir une influence excessive du parent ravisseur, ou de son entourage, ou qui ne peut avoir l'âge ou la maturité suffisants, de faire en sorte qu'**une telle question soit a priori, en vertu de la CLaH 80 (et de la CLaH 96), tranchée de manière définitive par le tribunal de l'État partenaire. Celui-ci pourra procéder lui-même à une audition de l'enfant et, bien sûr, éventuellement tenir compte de celle qui a été effectuée en Suisse**. Cela se rattache à l'idée, sur laquelle insiste le Tribunal fédéral, selon laquelle une décision de rapatriement est une mesure de nature *provisoire* et pouvant dès lors être *temporaire* car elle vise à permettre au tribunal de l'État partenaire, et *a priori* compétent à statuer sur la garde et lieu de résidence de l'enfant, de trancher cette question dans une décision pourrait permettre à l'enfant, **s'il en manifeste la volonté ferme, de s'installer en Suisse définitivement avec le parent qui souhaite y vivre** (v. *supra*, ad Art. 5 LF-EEA, n° 2 s).

Si le tribunal de l'État partenaire, une fois que l'enfant est de retour sur le territoire du pays où il était résident avant l'enlèvement – pays dont il est *a priori* familier car il y a vécu, souvent plusieurs années, et qu'un de ses parents, le parent requérant, y vit encore – à la suite de l'audition de l'enfant, et estimant qu'il y a lieu de la prendre en considération et de la respecter, autorise l'enfant à déménager en Suisse avec le parent qui l'avait initialement enlevé, **tout problème cesse. Or un dénouement de ce type a en**

définitive caractérisé l'affaire **helvético-hongroise** (v. *infra*, n° 29) et un **dénouement semblable** également l'affaire **helvético-mexicaine** (v. *infra*, n° 30).

Le but de la démarche des tribunaux suisses qui semblent ne pas suivre l'enfant dans son opposition ne consiste pas vraiment à empêcher l'enfant de vivre en Suisse **contre sa volonté, qui serait d'y rester** ; le but est de lui permettre de vivre en Suisse **si le tribunal qui est compétent pour mesurer la réalité et la fermeté d'une telle volonté**, c'est-à-dire le tribunal de l'État partenaire (Hongrie, Mexique, etc.) où l'enfant avait sa résidence habituelle avant l'enlèvement, **en décide ainsi et l'y autorise**. Le but est une fois de plus de prévenir, dans l'intérêt de l'enfant, **un conflit entre les deux États** dont l'un, par exemple le Mexique, dirait : « *Cet enfant doit vivre à titre principal avec sa mère mexicaine au Mexique, où il a toujours vécu* », et l'autre, la Suisse dirait : « *NON, cet enfant vivra dorénavant en Suisse avec son père suisse* ».

23. Le Professeur Bucher affirme comme suit :

« Le point commun aux trois cas [**les affaires impliquant la Hongrie et le Mexique, et l'affaire franco-suisse impliquant Madame Rouiller**] est le fait que chacun de ces enfants a finalement pu imposer sa volonté, quoiqu'avec des **sacrifices inutiles**: l'enfant du Mexique est revenue deux ans plus tard après avoir été renvoyée brutalement une première fois, **l'enfant hongroise n'est pas retournée et a obtenu le droit de rester avec sa mère en Suisse [après que le tribunal de l'État partenaire, la Hongrie, l'avait autorisé]**, et l'enfant de Bâle a fait un bref passage dans un appartement à Mulhouse, pour ensuite retourner à Bâle où elle a toujours poursuivi sa scolarité. En fait, dans un grand nombre de cas, le mécanisme de la Convention de La Haye impose un retour de l'enfant qui se révèle comme un **détour passager et donc inutile** ».

24. On peut penser que le fait que le tribunal de l'État partenaire, à la suite de l'opinion de la volonté manifestée par l'enfant, consente à ce que l'enfant, qui a fait l'objet d'un enlèvement vers la Suisse, **s'y installe ou continue d'y vivre à titre principal** – et que la résidence en Suisse de l'enfant devienne, pour cet État partenaire, **régulière, est une chose « utile » en ce qu'elle paraît conforme à cette dimension de l'intérêt de l'enfant consistant à ce que les deux États co-intéressés s'entendent sur ce qui répond à son intérêt** : car les deux États concernés, et sur les territoires desquels l'enfant devrait continuer à évoluer (Hongrie et Suisse, Mexique et Suisse, etc.), **sont d'accord sur ce que la résidence principale de l'enfant sera dorénavant en Suisse, et cette résidence sera par conséquent licite du point de vue des deux pays, y compris de l'État partenaire de la Suisse**. Cela permettra à l'enfant de continuer à séjourner *périodiquement*, à titre de droit de visite, auprès du parent qui vit encore dans l'État partenaire, de passer quelques semaines par an au Mexique, auprès de la mère et de la famille maternelle ou en Hongrie auprès du père et de la famille paternelle, *a priori* sans crainte d'y être retenu par les autorités de ce pays.

25. En faisant un pas dans le sens des critiques émises par le Professeur Bucher, on peut cependant se demander si le tribunal cantonal, s'agissant de l'audition de l'enfant, notamment **lorsque celui-ci pourrait avoir un âge et une maturité suffisants**, ne pourrait pas **rechercher un échange de vue avec son homologue étranger** – dans le cadre de la *collaboration internationale* que préconise l'article 10 LF-EEA, afin de :

- (i) s'interroger sur la pertinence de confier **ensemble** l'audition de cet enfant à un **organisme international et « neutre » par rapport aux deux pays en présence**, et notamment au **Service social international (SSI)**, audition qui pourrait avoir lieu en présence d'un **membre du bureau du SSI de Suisse et d'un membre du bureau du SSI de l'État d'origine** ou en présence d'un membre des deux services nationaux de protection des mineurs qui seraient territorialement compétents

cf. le Message à la LF-EEA, ad art. 10 : « *Dans le cadre d'une procédure de retour, le tribunal compétent peut notamment avoir besoin de recueillir auprès d'un **organisme neutre**...* ») ;

ou

(ii) s'interroger sur la pertinence d'organiser une **audition de l'enfant qui serait effectuée conjointement**, par exemple par **visio-conférence**, à la fois par le juge suisse et par le juge de l'État partenaire, assistés au besoin par le ou les curateurs ou curatrices, notamment si, comme cela arrive assez souvent, **deux procédures parallèles sont pendantes**, et ayant assez largement le même objet (dans un rapport de « *pregiudizialità dipendenza* » selon la notion élaborée par la doctrine processualiste italienne), dont une porte sur la *garde*, dans l'État partenaire, et l'autre sur le *retour ou le non-retour*, en Suisse ;

ou

(iii) si l'État partenaire est aussi partie à la Convention de La Haye de 1996, s'interroger sur la pertinence de permettre **un transfert international de compétence** en faveur des autorités suisses lorsque les conditions fixées à l'article 9 CLaH 96 sont remplies (v. *infra*, ad art. 10 LF-EEA, n° 34).

26. Certains auteurs – et avec force le Professeur Bucher – ont regretté que l'opinion de l'enfant qui s'opposait au retour **n'ait pas été plus souvent suivie et n'ait pas plus souvent donné lieu au refus de le rapatrier dans son pays fondé sur l'article 13 al. 2 CLaH 80**. Ce sont surtout deux affaires qui ont suscité la réaction du Professeur Bucher, l'une et l'autre de 2015 : l'affaire **helvético-hongroise** et l'affaire **helvético-mexicaine**.

Entre autres publications, v. A. Bucher, *La volonté de l'enfant enlevé*, in: Le droit en question, Mélanges en l'honneur de Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 61-80.

27. Dans **trois affaires** portées devant la Cour de Strasbourg contre la Suisse – **CEDH, *Gajtani c. Suisse*, 9 novembre 2014, n° 43730/07, *Rouiller v. Suisse*, 22 juillet 2014, n° 3592/08 et *S.N. et M.B.N. c. Suisse*, 23 novembre 2021, n° 12937/20**, où l'enfant – dans le premier cas, un garçon de 12 ans, dans le deuxième, une fille de 14 ans, dans le troisième, une fille de 7 ans – avait manifesté la volonté de ne pas retourner, respectivement en *Macédoine*, en *France* et en *Thaïlande*, la CEDH n'a pas retenu de violation de l'article 8 ConvEDH en ce que les juridictions suisses, y compris le Tribunal fédéral, avaient ordonné le retour des enfants concernés malgré l'opposition – parfois plutôt nette – de ceux-ci. En somme, selon la Cour européenne des droits de l'homme, **les tribunaux suisses avaient, dans ces trois affaires, (en tout cas plutôt) bien fait les choses**.

(i) Ainsi, dans la décision rendue par la CEDH dans l'affaire ***Gajtani c. Suisse*** en date de 9 novembre 2014, on lit comme suit :

« 108. La Cour rappelle qu'il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles (voir, parmi beaucoup d'autres, Vidal c. Belgique, 22 avril 1992, § 33, série A no 235-B). Elle souligne que, dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye, **si le point de vue des enfants doit être pris en compte, leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour** (Raw et autres c. France, no 10131/11, § 94, 7 mars 2013). En outre, elle observe que la Convention de La Haye prévoit, dans son article 13 alinéa 2, que

« [l']autorité judiciaire ou administrative peut [...] refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. »

Il ressort de la formulation de cet alinéa : d'une part, que les autorités ont certes la faculté de refuser le retour d'un enfant en cas d'opposition de sa part mais qu'il ne s'agit pas pour elles d'une obligation ; d'autre part, que l'appréciation de la question de savoir s'il est opportun de tenir compte de l'opinion d'un enfant enlevé appartient en premier lieu aux autorités internes, **qui jouissent dans ce domaine d'une certaine latitude**.

109. Par ailleurs, la Cour rappelle qu'en matière d'enlèvement international d'enfants, les obligations que l'article 8 fait peser sur les États contractants doivent

s'interpréter en tenant également compte de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (Neulinger et Shuruk, précité, § 132, et X c. Lettonie, précité, § 93), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997. Aux termes de son article 12 § 1, « [l]es États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité. » Le paragraphe 2 de cette disposition précise en outre qu'« [o]n donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

110. Dans la mesure où elle est compétente pour trancher la question, la Cour ne considère pas comme déraisonnable **la conclusion du tribunal d'appel selon laquelle l'on ne pouvait prendre en compte les déclarations du fils de la requérante dans la décision sur le retour des enfants. Elle estime que la décision de cette juridiction, intervenue sur la base de l'audition du fils par l'instance inférieure, est dûment appuyée sur une motivation circonstanciée** (X c. Lettonie, précité, § 107).

111. Eu égard à la marge d'appréciation certaine dont jouissent dans ce domaine les autorités internes, qui sont mieux placées que la Cour, le tribunal d'appel pouvait raisonnablement considérer **qu'il n'était ni nécessaire ni opportun d'entendre encore une fois le fils, d'autant plus que celui-ci se trouvait pris dans un conflit de loyautés et que de telles auditions peuvent avoir des impacts traumatisants pour un enfant et retarder considérablement la procédure** ».

- (ii) La conclusion à laquelle parvient la Cour de Strasbourg dans l'affaire **Rouiller v. Suisse** en date du 22 juillet 2014 est en substance la même :

« la Cour trouve également que l'avis du Tribunal fédéral et du tribunal cantonal de Bâle-Campagne, selon lequel la Convention de La Haye ne confère pas à l'enfant la possibilité de librement choisir l'endroit où il veut vivre, n'est pas arbitraire ou déraisonnable. Partant, **la Cour estime que les motifs de la préférence exprimée par F. pour un maintien en Suisse** (paragraphe 22 ci-dessus), selon le compte-rendu d'audition susmentionné, **ne suffisaient pas pour qu'entrât en jeu l'une quelconque des exceptions au retour prévues par l'article 13 de la Convention de La Haye, compte tenu notamment que ces exceptions doivent être d'interprétation stricte** ».

- (iii) L'affaire **S.N. et M.B.N. c. Suisse**, sur laquelle la CEDH a statué le 23 novembre 2021, mettait en cause plusieurs griefs, dont celui qui se rapportait à une *situation intolérable* au sens de l'art. 5 LF-EEA a déjà été évoqué (v. *supra*, ad art. 5 LF-EEA). Au reproche que la mère adressait à la Suisse d'avoir violé l'article 8 ConvEDH en ce qu'elle n'avait pas tenu suffisamment compte de l'opposition de l'enfant, la Cour répond ceci :

« 111. En ce qui concerne plus particulièrement la question de savoir si l'avis de l'enfant a suffisamment été pris en compte, la Cour rappelle que la volonté exprimée par un enfant ayant un discernement suffisant est **un élément clé** à prendre en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant (M. et M. c. Croatie, no 10161/13 § 171, CEDH 2015 (extraits), et M.K. c. Grèce, no 51312/16 , § 91, 1er février 2018).

112. Elle souligne, par contre, que, dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye, si le point de vue des enfants doit être pris en compte, **leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour** (Raw et autres c. France, no 10131/11, § 94, 7 mars 2013, cf. également *Rouiller c. Suisse*, no 3592/08, § 73, 22 juillet 2014).

113. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a conclu, dans son arrêt du 4 septembre 2019, que l'article 13 al. 2 de la Convention de La Haye n'avait pas été violé puisque l'enfant, **âgée alors de sept ans, n'apparaissait pas avoir atteint une maturité suffisante pour être capable de distinguer le fait d'habiter en Thaïlande de celui de loger chez ou à proximité de son père. L'enfant aurait refusé de toute façon toute forme de retour et sans nuance.**

114. La Cour prend également note du fait que l'enfant a **été dûment entendue et observée par plusieurs professionnels dans le cadre de l'audience devant le tribunal cantonal.** L'enfant n'aurait par ailleurs pas été capable de saisir que la procédure ne concernait ni la question de sa garde, ni celle de l'autorité parentale, mais tendait uniquement à rétablir la situation antérieure au déplacement illicite, comme rappelé par le Gouvernement ».

28. Si jusqu'à 2015, les décisions suisses ayant refusé le retour de l'enfant en vertu de l'opposition manifestée par celui-ci étaient « **très rares** » (v. ég. le constat, datant de 2016, formulé par Anna Claudia Alfieri dans sa thèse de doctorat), on en trouve **depuis quelques-unes**. Trois en particulier peuvent être signalées, dont chacune a été rendue dans une affaire présentant des *particularités*, entre autres raisons parce que, pour la première, on en était au *deuxième* enlèvement et, pour la deuxième et la troisième, l'enfant, au moment de la dernière décision, était restée en Suisse **pendant env. deux ans** – l'impératif de célérité n'avait donc pas pu être observé – et s'était donc intégrée dans son nouveau milieu.

- (i) Dans l'affaire **helvético-mexicaine**, l'enfant, après être retournée au Mexique avec sa mère, à la suite d'une décision du Tribunal fédéral dont la mise à exécution a été délicate (v. *infra*, ad article 12 LF-EEA), a, environ deux ans après, fait l'objet d'un nouveau déplacement illicite vers la Suisse, opéré toujours par le père, qui avait entre-temps eu un fils avec sa nouvelle compagne et s'était installé à Saint-Gall. Désormais âgée de plus de 13 ans, la **filles avait réitéré sa volonté de vivre en Suisse** – et semble-t-il l'avait aussi exprimée devant les **tribunaux mexicains** –, si bien que le tribunal cantonal de Saint-Gall a renoncé à prescrire un deuxième retour et le Tribunal fédéral, dans une **décision de 2018, l'en a approuvé** (v. pour plus de détails, *infra*, ad article 12 LF-EEA, n° 13).
- (ii) Dans une affaire **helvético-espagnole**, de 2017, l'enfant, après l'échec de l'exécution de la décision prescrivant le retour, avait été auditionnée encore deux fois, et, ayant atteint 11 ans et établie entre temps **depuis presque deux ans en Suisse**, en modifiant les déclarations rendues antérieurement, qui faisaient état d'une certaine neutralité quant à son lieu de résidence (Espagne ou Suisse), s'était désormais **fermement opposée au retour en Espagne** (v. pour plus de détails, v. *infra*, ad article 12 et 13 LF-EEA, n° 23).
- (iii) Dans une affaire **helvético-brésilienne**, de 2016, une fille âgée de quatorze ans était venue avec sa mère en Suisse se prévalant d'une autorisation de voyage acceptée par le père, détenteur du droit de garde en vertu d'un jugement brésilien ; à l'échéance de l'accord, la fille n'est pas revenue au Brésil, restant avec sa mère en Suisse. En l'espèce, l'influence de la mère sur la volonté de la fille ne paraissait pas établie. L'enfant a été entendue hors la présence de ses parents, qui n'ont pas pris connaissance du procès-verbal d'audition. L'enfant avançait « son intégration sociale et scolaire depuis près de deux ans, ainsi que les relations qu'elle peut entretenir en Suisse avec sa demi-sœur qui vit avec elle et sa mère une semaine sur deux ». Ces motifs, pour le Tribunal fédéral, « *indiquent que la volonté de la fille est sérieuse et réfléchie et repose sur des raisons particulières et compréhensibles* ».

Affaire helvético-brésilienne, ATF 5A_709/2016, 30 nov. 2016

« 5.5.2. En l'espèce, la fille était âgée de quatorze ans et avait manifestement la maturité suffisante pour être entendue par l'autorité cantonale, ce que le recourant ne conteste au demeurant pas. En tant que le père critique l'appréciation du jugement brésilien du 3 juillet 2012 - produit sans traduction -, il apparaît que cette pièce ne semble pas tenir pour établi l'aliénation parentale de la part de la mère, mais évoque uniquement un tel comportement d'aliénation parentale et le chantage émotionnel que la mère ferait subir à la fille, comme des éléments "allégués" et "racontés" par le père ("*Alega que a mãe está praticando chantagens emocionais com a filha, entre outros atos caracterizadores de alienação parental e requerendo providências*" et "*conduta materna são os atos de alienação parental narrados pelo autor*"). **L'influence de la mère sur la volonté de la fille ne paraît ainsi pas établie** par les pièces produites par le recourant, de sorte que l'appréciation des preuves effectuées par la cour cantonale ne saurait être taxée d'arbitraire (art. 9 Cst.). De surcroît, il ressort du dossier de la cause que l'enfant - qui s'exprime "parfaitement en français" - a été entendue hors de la présence de ses parents par la cour cantonale et que le procès-verbal d'audition n'a pas été porté à la connaissance de ceux-ci; **mesures qui sont de nature à permettre à l'enfant de s'exprimer librement**. Quant aux motifs avancés par la fille pour demeurer en Suisse et s'opposer à son retour au Brésil, **à savoir son intégration sociale et scolaire depuis près de deux ans, ainsi que les relations qu'elle peut entretenir en Suisse avec sa demi-soeur qui vit avec elle et sa mère une semaine sur deux**, ils ne sauraient être considérés comme un simple "souhait d'enfant", mais indiquent que la volonté de la fille est sérieuse et réfléchie et repose sur des raisons particulières et compréhensibles. Au vu de ce qui précède, l'exception prévue par l'art. 13 al. 2 CLaH80 **est en l'espèce satisfaite**; partant, l'opposition de l'enfant à son rapatriement au Brésil fait échec à l'obligation pour les autorités suisses d'ordonner le retour de la mineure dans son pays de provenance ».

29. Faut-il tirer profit de l'évaluation de la LF-EEA pour proposer de compléter l'article 9 al. 2 LF-EEA par une phrase visant la prise en compte de l'opinion de l'enfant, au sujet de laquelle l'article 9 est pour l'instant muet ? Notons que la **pertinence de compléter la Convention de La Haye de 1980 au sujet de l'audition de l'enfant** a fait l'objet d'intenses débats lors des travaux visant à modifier le Règlement Bruxelles II-bis et ayant abouti **au Règlement Bruxelles-ter**, en vigueur depuis le 1er août 2022 au sein de l'Union européenne. Comme il l'a déjà été signalé (*supra*, ad Art. 5 LF-EEA), un chapitre entier a été ajouté à la nouvelle version de ce Règlement (englobant les art. 22 à 29) au sujet spécifique de l'enlèvement international d'enfant et dont le but est de compléter les indications provenant de la CLaH 80.

30. **Trois éléments** se dégagent des nouvelles dispositions européennes en matière d'audition des enfants :

- (i) l'article 21 consacre une disposition générale, intitulée significativement « **Droit de l'enfant d'exprimer son opinion** » ;
- (ii) l'article 26, intitulé significativement « **Droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans la procédure de retour** » renvoie purement et simplement à l'article 21 : c'est-à-dire que la disposition générale de l'article 21 s'applique également dans le cadre de la procédure de retour ;
- (iii) l'article 21 et, par renvoi, l'article 26 fixent deux principes : d'une part, le tribunal donne à un enfant capable de discernement une « **possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion** » et, d'autre part, il « **prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son degré de maturité** »

Article 21 Droit de l'enfant d'exprimer son opinion

1. Dans l'exercice de leur compétence en application de la section 2 du présent chapitre, les juridictions des États membres, conformément aux législations et procédures nationales, donnent à un enfant qui est capable de discernement une **possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion**, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié. 2. Lorsque la juridiction, conformément aux législations et procédures nationales, donne à un enfant la possibilité d'exprimer son opinion conformément au présent article, **elle prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité.**

Article 26 Droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans la procédure de retour

L'article 21 du présent règlement s'applique également dans la procédure de retour au titre de la convention de La Haye de 1980.

31. En s'inspirant de ces nouvelles dispositions européennes, on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de **compléter l'article 9 al. 2 LF-EEA**, dont il a été constaté plus haut qu'il est silencieux s'agissant de la prise en compte de l'opinion de l'enfant, en ce sens d'ajouter, par exemple, la phrase suivante : « **Il prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge, à son degré de maturité, et à toute circonstance pertinente** ». La formulation est *souple* et ne devrait pas restreindre la marge d'appréciation des tribunaux mais elle aurait le mérite de **rappeler utilement le principe**. C'est au demeurant un principe qui se dégage de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989.

Art. 12 al. 1 CDE

« Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, **les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité** ».

C'est ce que relève Anna Claudia Alfieri, *Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse*, Berne 2016, p. 169 : « Si, comme nous l'avons vu plus haut, la CLaH 80 ne mentionne l'audition de l'enfant que dans le cadre du motif de refus de l'art. 13 al. 2 et ne la prévoit donc pas de manière systématique, **l'art. 12 CDE, qui est une norme directement applicable en Suisse, rend l'audition de l'enfant obligatoire.** »

Citons encore Anna Claudia Alfieri (p. 133 s.) : « ...il est important que la volonté de l'enfant soit prise en considération dans le processus décisionnel, car dans le cas contraire l'on viderait – en tout cas partiellement – la disposition de l'art. 13 al. 2 CLaH 80 de son sens. Cela ne signifie pas qu'il faut dans chaque cas décider selon la volonté de l'enfant, **mais plutôt que l'enfant a le droit à ce que le tribunal prenne en considération celle-ci et, le cas échéant, à ce qu'on lui explique pourquoi la décision ne correspond pas à ce qu'il souhaitait** ».

3. Curateur ou curatrice de représentation (article 9 al. 3 LF-EEA)

32. Il se dégage de la lecture des décisions fédérales et d'un échantillon de décisions cantonales que le curateur et la curatrice désigné-e conformément à l'article 9 al. 3 LF-EEA sont le plus souvent ou bien des **avocat-e-s** ou bien, plus rarement, des **membres des Services cantonaux de protection de mineurs**. Lorsque deux ou plusieurs enfants sont concernés, la pratique s'oriente dans le sens de la désignation d'un **seul curateur ou d'une seule curatrice pour tous les enfants**.

34. Voici les principes fixés par les décisions du Tribunal fédéral au sujet de la représentation de l'enfant visée à l'article 9 al. 3 LF-EEA :

- (i) La désignation d'un curateur ou d'une curatrice constitue **un devoir** du tribunal qui est tenu d'y **procéder d'office** pour assurer le respect des droits de l'enfant, **et au premier stade déjà de la procédure.**

Ce principe a été à vrai dire affirmé avec netteté dans **quelques décisions récentes**; la doctrine avait pu auparavant regretter que la désignation intervienne parfois **plusieurs mois** après le début de la procédure (dans une affaire de 2017 notamment) et que l'Autorité centrale n'ait pas agi d'entrée de cause, comme elle en a le pouvoir de le faire (article 6 al. 2 LF-EEA).

Affaire helvético-hongroise : ATF, 5A_193/2023 du 06.04.2023 cons. 3 ss.

« 3. Il ricorrente osserva a ragione che tali misure vanno invece, in linea di principio, **adottate d'ufficio al fine di garantire i diritti del minore. Si tratta in effetti, secondo il tenore stesso delle disposizioni summenzionate, di un dovere del tribunale** che è volto a tutelare l'interesse preminente del minore (v. preambolo della CArap), **il quale va assicurato già sin dal primo stadio della procedura** ».

Cf. l'affaire **helvético-anglaise** ayant donné lieu à l'ATF 5A_339/2023, du 6.7.2013 : « Il s'agit ensuite de souligner que l'on ne se situe pas ici dans le cadre strict d'une procédure de retour suite à un enlèvement d'enfant, fondée sur la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; RS 0.211.230.02), laquelle nécessiterait **certes impérativement la désignation d'un curateur au mineur** (art. 9 al. 3 LF-EEA; arrêt 5A_91/2023, 5A_110/2023 du 6 avril 2023 consid. 6.1) ».

- (ii) Une demande formée par un parent pour la **première fois** devant le Tribunal fédéral visant à ce que l'enfant soit représenté au sens de l'article 9 al. 3 LF-EEA est toutefois **irrecevable** au sens de l'article 99 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral.

Affaire helvético-américaine, 5A_154/2010 du 29.04.2010 cons. 2)

« 2. Die Mutter stellt einen Antrag auf Vertretung des Kindes gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-KKE. Ein solches Begehren wurde vor dem AJB nicht gestellt, **weshalb es sich als neu erweist und damit im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren unzulässig ist** (Art. 99 Abs. 2 BGG) ».

Il semble alors que si le tribunal cantonal ne satisfait pas au devoir qui lui incombe *ex officio* de désigner un curateur, et qu'aucun des parents n'a sollicité une telle désignation devant l'instance cantonale, **l'inobservation de l'obligation inscrite à l'article 9 al. 3 LF-EEA ne puisse pas faire l'objet de recours et resterait en conséquence sans sanction.**

- (iii) Lorsque le tribunal cantonal n'a pas retenu l'applicabilité de la CLaH 80 du fait que la résidence habituelle était **en Suisse** au moment pertinent, et qu'il n'a pas procédé à une audition d'un enfant de **sept ans** pas plus qu'il ne lui a désigné un curateur ou une curatrice, ces omissions n'auraient pas eu d'impact sur l'analyse si bien qu'un recours fondé sur l'article 9 al. 2 et al. 3 **ne saurait être admis.**

Affaire helvético-hongroise : 5A_193/2023 du 06.04.2023 cons. 3.3.

« Considerato tuttavia il qui caso chiaro di assenza di *status quo ante* da ripristinare e il fatto che nemmeno il ricorrente pretende che l'audizione del figlio di sette anni o la designazione di un suo rappresentante avrebbero avuto un influsso sulla determinazione della dimora abituale del minore e quindi sull'applicabilità del meccanismo di ritorno del minore messo in atto dalla CArap alla presente fattispecie, il rinvio dell'incanto all'autorità precedente affinché senta il minore o gli nomini un curatore di rappresentanza, rispettivamente l'adozione di tali misure da parte del Tribunale federale, si esaurirebbe in un vuoto esercizio procedurale (v. sentenza 5A_80/2010 del 22 marzo 2010 consid. 2.2), per cui è possibile, in concreto, prescindervi. La censura non può quindi essere accolta ».

- (iv) Le curateur **représente l'enfant tout au long de la procédure** jusqu'à la **fin de l'exécution du retour** ; lorsqu'ils choisissent le représentant de l'enfant, les tribunaux doivent veiller à ce que celui-ci dispose d'une **expérience suffisamment solide pour sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance, sans dépendre des parents et se laisser trop influencer par ceux-ci**. Une décision **très récente** ajoute opportunément que « *le curateur doit de surcroît être capable de conseiller et d'écouter l'enfant ainsi que de comprendre ses origines culturelles, sociales et familiales* » et, prenant appui sur la doctrine, notamment le Professeur Bucher, que « *la nécessité d'une représentation judiciaire de l'enfant objective et expérimentée est **en effet fondamentale** au regard des situations généralement très conflictuelles ayant conduit à un enlèvement, lesquelles peuvent entraîner les parents à songer principalement à leurs propres intérêts et non directement à ceux de leur enfant* ».

Affaire helvético-grecque, 5A_621/2022 du 28.09.2022 cons. 8.1.2 ss)

« 8.1.2. Selon l'art. 9 al. 3 LF-EEA, le tribunal ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Celle-ci peut formuler des requêtes et déposer des recours. **Le curateur représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour.** Lorsqu'ils choisissent le représentant de l'enfant, les tribunaux doivent veiller à ce que celui-ci dispose d'une expérience suffisamment solide pour sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance, sans dépendre des parents et se laisser trop influencer par ceux-ci (Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2433, p. 2467; Rapport final de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, p. 29) ».

Affaire helvético-hongkongaise, 5A_91/2023 et 5A_110/2023, 6 avril 2023

« Le curateur **représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour**; il peut formuler des requêtes et déposer des recours. **L'enfant participe ainsi à la procédure en qualité de partie** (Rapport final de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, p. 29 [cité: rapport final]; MAZENAUER, op. cit., n. 58; JAMETTI GREINER, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, in FamPra.ch 2008, p. 277 ss, 302; HÄRING, Neuerungen im Bereich internationaler Kindesentführung, in FamPra.ch 2007, p. 256 ss, 267; BUCHER, Rapport complémentaire, ibid.). Le choix du curateur doit se porter sur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques; **le curateur doit de surcroît être capable de conseiller et d'écouter l'enfant ainsi que de comprendre ses origines culturelles, sociales et familiales**. Il doit par ailleurs être apte à sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance, **sans dépendre des parents et se laisser trop influencer par ceux-ci** (Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2433, p. 2467; Rapport final, p. 29; également MAZENAUER, op. cit., n. 60). **La nécessité d'une représentation judiciaire de l'enfant objective et expérimentée est en effet fondamentale** au regard des situations généralement très conflictuelles ayant conduit à un enlèvement, lesquelles peuvent entraîner les parents à songer principalement à leurs propres intérêts et non directement à ceux de leur enfant (BUCHER, Commentaire romand, n. 218 ad art. 85 LDIP; MAZENAUER, op. cit., n. 58; HÄRING, op. cit., p. 267) ».

- (v) S'agissant de la question de savoir si une telle représentation est nécessaire également au cours d'une **procédure en modification de la décision en retour**, le Tribunal fédéral a estimé, dans une affaire de 2010, ne pas avoir à trancher cette question. Une représentation de l'enfant au cours d'une procédure sur requête de modification de la décision en vertu de l'article 13 LF-EEA, **n'est, pour lui, toutefois pas nécessaire lorsque la requête de modification est manifestement infondée pour des raisons procédurales**. Par conséquence, l'autorité cantonale qui n'a pas donné suite à une requête de représentation de l'enfant formée dans le cadre d'une procédure de modification de la décision ne viole pas l'article 9 LF-EEA.

Affaire helvético-américaine, 5A_80/2010 du 22.03.2010 cons. 1 ss)

« 1. In Rückführungsangelegenheiten gemäss HKÜ, mithin auch **bei Abänderungsentscheiden im Sinn von Art. 13 HKÜ**, steht gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid (Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG), wie er vorliegend gegeben ist, die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG offen (vgl. Urteil 5A_105/2009, E. 1). Zulässig sind alle Vorbringen gemäss Art. 95 f. BGG. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. In formeller Hinsicht wird gestützt auf Art. 9 Abs. 3 BG-KKE eine Vertretung für das Kind verlangt.

2.1 Gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-KKE ordnet das Gericht die Vertretung des Kindes an und bezeichnet diesem einen Beistand. Aufgrund seiner systematischen Stellung bezieht sich die Norm offensichtlich auf das in Art. 8 BG-KKE **geregelter Rückführungsverfahren**. Gemäss Botschaft zum BG-KKE bleibt der Kindesvertreter **jedoch bis zur vollzogenen Rückführung zuständig** (BBI 2007 S. 2626). **Ob und inwiefern Art. 9 BG-KKE vor diesem Hintergrund auch auf das Abänderungsverfahren gemäss Art. 13 BG-KKE anzuwenden ist, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden.**

2.2 **Das Obergericht hat die Vertretung des Kindes mit der Begründung abgelehnt, dass die Abänderungsklage bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen abzuweisen sei.** Die Mutter hält jedoch die Verbeiständung des Kindes in jedem Fall für zwingend mit der Begründung, einzig damit sei eine kindgerechte Anwendung des HKÜ gewährleistet. Entgegen der unerschwulstigen Argumentation der Mutter geht es vorliegend nicht um die Beurteilung, bei welchem Elternteil oder an welchem Ort das Kind besser aufgehoben wäre, sondern ob seit dem Rückführungsentscheid Tatsachen eingetreten sind, welche dessen Abänderung erfordern. Als solche Tatsachen werden vorliegend verschiedene Orders des amerikanischen Sorgerechtsrichters sowie die zu erwartende ökonomische Situation in den USA angeführt. Hierzu hätte das bei Einreichen der Abänderungsklage vor dem Obergericht gut 2½-jährige Kind keine Angaben machen können, sondern wäre ein Vertreter ausschliesslich auf die Darstellung durch die Mutter angewiesen gewesen. Vor diesem Hintergrund würde die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz verbunden mit der Anweisung, dem Kind für das kantonale Verfahren einen eigenen Vertreter zu bestellen, **prozessualen Leerlauf bedeuten**. Dazu kommt, dass das Abänderungsbegehren, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, ohne Grundlage ist und von der Mutter offensichtlich in der Absicht eingereicht wurde, die Rückführung zu verzögern. **Bei dieser Ausgangslage könnte eine Rückweisung selbst dann nicht in Frage kommen, wenn von einer Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 BG-KKE im Abänderungsverfahren auszugehen wäre.** Dasselbe gilt auch für das Verfahren vor Bundesgericht. **Soweit die Beschwerde - wie hier - offensichtlich unbegründet ist, besteht kein Anspruch des Kindes auf Verbeiständung.** Die Rechtsanwältin der Mutter, die weder vom Richter noch von der Vormundschaftsbehörde als Beiständin des Kindes bestimmt worden ist, kann für dieses nicht Beschwerde führen ».

- (vi) Le curateur et la curatrice ont le droit de former des recours contre la décision cantonale – et il arrive – mais rarement – **qu'ils forment un recours alors même qu'aucun des parents ne le fait**. Le curateur ou la curatrice ne saurait, en représentant du mineur, se prévaloir de n'importe quel argument devant le Tribunal fédéral **mais uniquement les griefs par rapport auxquels le mineur dispose d'un intérêt à agir**.

Arrêt helvético-serbe : 5A_569/2009 du 10.11.2009 cons. 1.2 ss)

« 1.2 Il 1° luglio 2009 è entrata in vigore la LF-RMA, il cui art. 16 prevede che le disposizioni di tale legge concernenti i rapimenti internazionali di minori sono applicabili anche alle domande in vista del ritorno già presentate presso autorità cantonali al momento della sua entrata in vigore.

In concreto il ricorso è stato introdotto dalla curatrice del minore. Ora, la facoltà del curatore - che dev'essere nominato dal Tribunale cantonale - di proporre conclusioni e di interporre rimedi giuridici è espressamente prevista dall'art. 9 cpv. 3 LF-RMA. **Tuttavia ciò non significa che il minore possa tramite il suo curatore prevalersi di qualsiasi argomento nella sua impugnativa al Tribunale federale.** Occorre invece che, come richiesto dall'art. 76 cpv. 1 lett. b LTF, **egli disponga di un interesse (nel tenore attualmente in vigore della norma, anche giuridicamente) protetto proprio a far valere determinate critiche.** Se un siffatto interesse non dovesse essere evidente, spetta al ricorrente allegarlo (DTF 133 II 400 consid. 2), e qualora esso non dovesse sussistere, la censura dev'essere dichiarata inammissibile ».

- (vii) Lorsque le curateur ou la curatrice ne forme pas lui-même ou elle-même un recours, il n'y a **pas lieu à prendre en considération la requête** qu'il ou elle aurait spontanément formulée au cours de la procédure de recours engagée par l'un des parents – tendant en l'occurrence à subordonner le retour à la renonciation par le parent abandonné à engager une série de procédures.

Affaire helvético-britannique, 5A_520/2010 du 31.08.2010 cons. 1.5)

« 1.5 Nicht einzugehen ist ebenso auf den Antrag der Rechtsbeiständin der Söhne, die Rückführung sei an die Bedingung zu binden, dass der Beschwerdegegner auf die Einleitung rechtlicher Schritte im Zusammenhang mit der Entführung verzichte. Unzulässig ist sodann auch der Antrag, die Frist zur Rückführung sei auf 90 Tage seit Zustellung des bundesgerichtlichen Entscheides anzuberaumen. **Die Rechtsbeiständin hat den kantonalen Entscheid nicht selbst angefochten** (vgl. Art. 9 Abs. 3 BG-KKE). **Auf die entsprechenden Anträge ist daher nicht einzutreten ».**

- (viii) Le recours que les enfants forment à l'encontre d'une décision cantonale rendue dans une affaire où le curateur ou la curatrice n'auraient pas suffisamment tenu compte de leur opinion **est irrecevable lorsque les enfants n'ont pas capacité de discernement et lorsque leur volonté est manipulée par leur mère**.

Affaire helvético-grecque : 5A_621/2022 du 28.09.2022 cons. 8.2.2.2 s.)

« 8.2.2.2. Si l'on se réfère toutefois à l'arrêt entrepris et aux déclarations que les trois filles ont tenues devant l'autorité cantonale, leur volonté propre n'apparaît pas distincte de celle de leur mère, dont l'influence a été expressément soulignée. La contrariété au droit de cette dernière conclusion, seule ici déterminante pour juger de la capacité de discernement invoquée, n'a pas été démontrée à satisfaction par la mère des recourantes (consid. 6.3 supra). **Dépourvues de la capacité de discernement quant au litige opposant leurs parents, les recourantes ne pouvaient ainsi s'affranchir des services de leur curateur pour mandater un avocat de leur choix ».**

- (x) Si un enfant dispose de la capacité de discernement, il ne lui est pas **défendu de mandater un avocat de son choix**, en sus du curateur ou de la curatrice qui lui a été désignée.

Affaire helvético-hongkongaise, 5A_91/2023 et 5A_110/2023, 6 avril 2023

« Il est ainsi admis que, dans le cadre de la procédure de retour dont il fait l'objet, l'enfant capable de discernement **peut désigner lui-même son curateur** (Rapport final, p. 29; HÄRING, op. cit., p. 267; MAZENAUER, op. cit., n. 60). La possibilité de faire appel à un avocat de son choix, à côté du représentant officiel qui lui a été désigné (ainsi: BUCHER, commentaire romand, n. 218 ad art. 85 LDIP) n'est retenue qu'à titre exceptionnel par la jurisprudence: le curateur tend en effet à assurer la réalisation de l'intérêt objectif de l'enfant et les questions généralement soulevées restent abstraites et difficiles à appréhender, même pour les enfants plus âgés (cf. ATF 142 III 153 consid. 5.2.4 [arrêt rendu dans le contexte de l'art. 299 CPC]; arrêt 5A_232/2016 du 6 juin 2016 consid. 4; cf. également arrêt 5A_617/2022, 5A_621/2022 du 28 septembre 2022 consid. 8, qui nie cependant la capacité de discernement des enfants à mandater un avocat de leur choix) ».

Affaire helvético-grecque : 5A_617/2022, 5A_621/2022 du 28 septembre 2022

« Dépourvues de la capacité de discernement quant au litige opposant leurs parents, les recourantes **ne pouvaient ainsi s'affranchir des services de leur curateur pour mandater un avocat de leur choix** ».

35. Comme en témoigne également l'enquête d'Anna Claudia Alfieri de 2016, il arrivait parfois que les **tribunaux cantonaux ne désignent pas de curateur ou de curatrices.**

« Dans quelques rares cas, **des tribunaux supérieurs ont cependant renoncé, dans des circonstances précises, à la désignation d'un représentant à l'enfant.** Même si cela reste une exception, les raisons sont intéressantes : le trop jeune âge de l'enfant ou le trop jeune âge de l'enfant et des 'motifs importants', tels que l'absence manifeste de motifs de refus d'après la CLaH 80, qui n'avaient pas non plus été soulevés par les parties. Il est malheureusement également arrivé que le tribunal renonce sans raison à la nomination d'un représentant pour l'enfant. Le TF a, quant à lui, confirmé qu'il n'y a pas lieu de nommer un représentant à l'enfant si un recours n'est manifestement pas fondé et a été introduit dans le seul but de retarder le retour » : Anna Claudia Alfieri, Alfieri Anna Claudia, Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, Berne 2016, p. 139 s. ; et l'auteure d'ajouter que le jeune âge ne devrait pas faire obstacle : « Il faut se demander si le fait pour un enfant de moins de trois ans d'être entendu par son représentant pourrait effectivement apporter des indices utiles, qui plus est dans une situation qui paraît déjà « claire » au tribunal. Dans un cas pareil, le tribunal se trouve **devant deux options** qui peuvent protéger l'intérêt de l'enfant, et doit **décider laquelle a la priorité au cas par cas** : est-il dans son intérêt de nommer un curateur qui essaiera de comprendre son opinion et ses intérêts et pourra les représenter et par là prolonger la procédure de retour, ou est-il plutôt dans son intérêt de prononcer le retour dès que possible et ainsi rétablir la situation qui avait été unilatéralement modifiée par le parent ravisseur et permettre le cas échéant aux autorités matériellement compétentes de l'Etat de résidence habituelle de régler la question et rendre la stabilité à cet enfant ? Le TF n'a à ce jour pas eu l'occasion de se prononcer sur la question. **Nous sommes de l'opinion qu'aussi – ou même surtout – un enfant en très jeune âge a besoin d'une personne neutre et compétente qui le représente dans la procédure, car bien qu'il ne soit évidemment pas encore à même de comprendre les enjeux ni d'exprimer un éventuel point de vue, il nécessite déjà que l'on protège son propre intérêt, qui ne correspond pas forcément à ceux de ses parents** ».

Sur un tel « dilemme », v. ég. Th. Geiser, Familienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2012, PJA 2013 p. 277 ss, 281, au sujet de l'affaire **helvético-espagnole 5A_537/2012** où un curateur n'avait pas été désigné.

« Gemäss dem massgeblichen spanischen Recht konnte die Mutter auch als alleinige Inhaberin der "*guarda y custodia*" den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes nur mit der Zustimmung des Vaters verlegen, so dass das Verbringen und Zurückbehalten des Kindes in der Schweiz widerrechtlich im Sinne von Art. 3 HKÜ war. Der Mutter nützte vor Bundesgericht auch der Einwand nichts, die kantonalen Gerichte hätten das ungefähr sechsjährige Kind in Verletzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 BG-KKE nicht angehört und dieses sei auch nicht vertreten gewesen. Das Bundesgericht hält der Mutter entgegen, sie hätte die Anhörung im kantonalen Verfahren verlangen bzw. mindestens dessen Unterbleiben als Fehler rügen müssen. Das gelte für den Vorwurf der fehlenden Vertretung des Kindes in noch grösserem Ausmass, weil das Kind immerhin einen Beistand für das Besuchsrecht gehabt habe, der sich auch im Rückführungsverfahren im Namen des Kindes äussern konnte. Der Rückführungsentscheid der kantonalen Instanz wurde folglich bestätigt.

Dieser Entscheid zeigt **das Dilemma**, in dem sich das Bundesgericht befindet: Das Übereinkommen kann seinen Zweck, mit einer effizienten Rückführung Kindesentführungen zu verhindern, nur erreichen, wenn die entsprechenden Verfahren rasch zu einem Abschluss gebracht werden können. Eine Rückweisung wegen blossen Verfahrensfehlern widerspricht diesem Ziel. Entsprechend macht es auch Sinn, Wege zu finden, das Unterlassen einer Kindesanhörung und der Ernennung eines Kindesvertreters auf irgendeine Weise zu rechtfertigen. Andererseits hat das aber wiederum zur Folge, dass sich diese Institute in der Schweiz nur sehr schleppend etablieren können.

Welche hohe Bedeutung das Bundesgericht dem Beschleunigungsgebot in solchen Verfahren beimisst, zeigt auch ein weiterer Entscheid, in dem das Bundesgericht festgehalten hat, dass die in Art. 8 BG-KKE angesprochene Mediation im Lichte des Beschleunigungsgebotes und der in Art. 11 Abs. 2 HKÜ gesetzten Richtfrist von sechs Wochen für das erstinstanzliche Verfahren zu organisieren ist. Das Gericht hat für die Mediation einige wenige Termine anzusetzen und das Verfahren gleichzeitig voranzutreiben ».

36. Le Professeur Bucher a pu critiquer les décisions rendues sans qu'un curateur ou une curatrice soit nommé-e à l'enfant.

V. ég. ses **remarques critiques** à l'égard, par exemple, de la décision **ATF 5A_880/2013** du 16 janv. 2014 (PJA 2014 p. 565 ss, 572), qui regrette que le Tribunal fédéral n'ait procédé lui-même à la désignation du curateur, omise par la Cour de Genève.

« **Kein Kindesvertreter, keine Mediation, keine Anhörung, keine Zusammenarbeit mit den italienischen Behörden: Wie viele Verletzungen des BG-KKE sind zulässig ?** Die Bundesrichter hätten zumindest dann der Darlegung der Kindesinteressen zuhören müssen, wenn dem Kind ein Vertreter beigelegt worden wäre. **Das muss nach Art. 9 Abs. 3 BG-KKE zwingend geschehen.** Dem Bundesgericht ist es nicht wert, davon Notiz zu nehmen oder gar einen Verfahrensfehler anzuzeigen. Auch im laufenden Verfahren hätte sich ein solcher Vertreter noch im Sinne einer Kindesschutzmassnahme vom Genfer Kantonsgericht ernennen lassen. Das Bundesgericht will das selbst nicht tun. Das hat mit der rechtlichen Situation nichts zu tun. Das Bundesgericht ist zum Ergreifen von Schutzmassnahmen zuständig, und zwar gemäss Art. 7 BG-KKE, so wie diese Bestimmung vom Bundesrat unter Hinweis auf Art. 104 BGG erläutert worden ist (BBI 2007, 2624). Das Bundesgericht kann das auch, wenn es nur will, so wie das im Urteil vom 20. September 2012 (BGer 5A_537/2012, E. 1) vordemonstriert worden ist ».

Du même auteur, v. ég. Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions, RSDIE 2014 p. 479 ss, 499 s. :

« L'arrêt rapporte que le père vit dans un mobil home dans lequel l'enfant est censé retourner. Il relève également qu'il doit s'absenter pour des motifs professionnels pendant quatre mois de l'année (c. 3). Pour le Tribunal fédéral, cela ne mérite aucune réflexion. Il devait pourtant tenir compte d'une situation où la mère allait rester à Genève avec son fils aîné. Le Tribunal fédéral ne s'y intéresse pas, mais il montre qu'il tient compte de cette hypothèse, étant donné qu'elle est envisagée dans le dispositif de l'arrêt (préconisant qu'alors, le père vienne chercher l'enfant à

Genève). Pas un mot qui ne fasse songer à la situation de l'enfant lorsque son père devra partir en voyage, pour un tiers de l'année. Qu'en sera-t-il de sa scolarité? Qui veillera sur lui? Pour la Haute Cour du pays, ce sont des questions qui ne méritent même pas d'être posées.

Sur ce fond de pensées, nul doute que le **respect du droit n'est pas mieux assuré. L'enfant est laissé sans représentant, alors que la loi l'exige obligatoirement** (art. 9 al. 3 LF-EEA) et que le Tribunal fédéral a déjà montré qu'il est parfaitement en mesure d'y pourvoir (ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 1). Il est vrai que la négligence est tout autant du côté de l'Autorité centrale fédérale qui avait pour obligation de requérir une telle mesure et qui disposait de six mois pour ce faire. Mais on sait que l'Autorité refuse de respecter la loi sur ce point, comme sur quelques autres. Elle l'a dit sans sourciller dans la réponse à l'interpellation Thanei (n° 10.4017) et dans les explications d'une collaboratrice (Anna Claude Alfieri, Enlèvement international d'enfants: premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 2012, p. 550-569, 561). La **volonté du Parlement était pourtant très ferme** (BO CN 2007, p. 1639, 1641), mais pas assez pour surmonter la résistance de fonctionnaires opérant dans un service que l'on dit voué à la 'protection internationale de l'enfant' ».

37. L'analyse d'un échantillon de décisions fédérales semble accréditer l'idée que le curateur ou la curatrice, **lorsqu'il ou elle est un-e avocat-e suisse**, ayant souvent vécu en Suisse pour la plupart de sa vie voire la totalité de celle-ci, qui connaît mal l'autre État co-intéressé, sa culture, sa langue, etc., a une certaine tendance à **conclure plus souvent au rejet de la demande de retour qu'il n'appuie une telle demande**. En particulier, sur un échantillon de **trente décisions fédérales**, il est arrivé à plusieurs reprises que le retour soit ordonné alors que le curateur ou la curatrice s'était prononcé-e *contre* le retour, tandis qu'il n'est pas arrivé qu'à l'inverse, le retour n'ait pas été ordonné alors que le curateur s'était prononcé *en faveur*.

38. Ayant à l'esprit le principe, formulé récemment par le Tribunal fédéral (*supra*, n° 23), selon lequel « **le curateur doit de surcroît être capable de conseiller et d'écouter l'enfant ainsi que de comprendre ses origines culturelles, sociales et familiales** », **et pour qu'il puisse maintenir une position neutre et superpartes à l'égard des deux États et deux collectivités co-intéressés**, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de proposer à un organisme international chargé de la protection de l'enfant – tel le Bureau permanent de la Conférence de La Haye ou le Comité international des droits de l'enfant – **qu'il établisse une liste de curateurs et curatrices dans chaque pays**. Le curateur ou la curatrice représentant l'enfant dans les procédures consécutives à un enlèvement international et intéressant **deux pays** pourrait être nommé par de **tels organismes internationaux et neutres, et non pas directement par le tribunal « mono-national » en charge du retour**.

Démarches envisageables

Pour résumer les propositions qui viennent d'être évoquées à propos de cet article 9 LF-EEA, on peut se demander s'il ne faudrait pas réfléchir à l'éventualité de

- (i) rechercher une plus grande harmonisation dans la pratique cantonale, y compris au sein du « Réseau d'experts », s'agissant de l'audition des enfants de moins de 10-11 ans et des modalités d'audition, en suggérant éventuellement au Tribunal fédéral de lever l'ambiguïté sur le fait que l'audition d'un enfant **de moins de 10 à 11 dans le cadre d'une procédure de retour selon la LF-EEA n'est a priori ni inopportune ni déconseillée** ;
- (ii) s'interroger sur la question de savoir si l'entretien que le Service de protection des mineurs fait avec l'enfant après avoir été chargé d'un bref rapport d'évaluation **vaut**

audition de l'enfant au sens de l'article 9 al. 2 LF-EEA et lever l'incertitude à ce sujet ;

- (iii) rechercher, s'agissant de l'audition de l'enfant, notamment lorsque l'on pourrait entretenir un désaccord raisonnable quant à la question de savoir s'il pourrait avoir un âge et une maturité suffisants, un échange de vue avec le tribunal étranger, s'il a déjà été saisi d'un litige sur la garde – dans le cadre de la collaboration internationale de l'article 10 LF-EEA – afin de :
 - (a) s'interroger sur la pertinence de **confier ensemble l'audition de cet enfant à un organisme international et « neutre »** par rapport aux deux pays en présence, et notamment au Service social international, s'il a des bureaux dans les deux pays ;
ou
 - (b) s'interroger sur la pertinence d'organiser **une audition de l'enfant qui serait effectuée conjointement, notamment par visio-conférence**, à la fois par le juge suisse et par le juge étranger ;
ou
 - (c) si l'État partenaire est aussi partie à la Convention de La Haye de 1996, s'interroger sur la pertinence de permettre un **transfert international de compétence en faveur des autorités suisses** lorsque les conditions fixées à l'article 9 CLaH 96 sont remplies ;
- (iv) œuvrer pour que le curateur ou la curatrice **puisse comprendre les origines culturelles, sociales et familiales de l'enfant** et, si possible, qu'il puisse comprendre et converser dans la langue avec laquelle l'enfant s'exprime au mieux, et, si possible, **qu'il ait des liens** – par ses propres origines ou celles de son conjoint ou d'un membre de la famille – avec **cet autre pays, sa langue ou sa culture**, ou la région géographique d'appartenance de ce pays ;
- (v) s'interroger sur la pertinence de proposer à un organisme international chargé de la protection de l'enfant – tel le Bureau permanent de la Conférence de La Haye ou le Comité international des droits de l'enfant – **qu'il établisse une liste de curateurs et curatrices dans chaque pays**, et que le curateur et curatrice représentant l'enfant dans les procédures consécutives à un enlèvement international et intéressant deux pays soit nommé par de **tels organismes internationaux et neutres, et non pas directement par le tribunal « mono-national » en charge du retour** ;
- (vi) lorsqu'une expertise psychiatrique est demandée, veiller à ce que la personne en charge ait, si possible, des liens avec l'État partenaire ou bien songer à confier une telle expertise à un-e psychiatre désigné-e par un organisme international, **tel le Service social international** ;
- (vi) ajuster l'article 9 LF-EEA en vue de **renforcer la disposition sur la prise en considération de l'opinion de l'enfant eu égard à son âge, à son degré de maturité et à toute autre circonstance pertinente.**

Voici une proposition de texte de l'article 9 LF-EEA qui résulterait d'un tel ajustement :

Art. 9 Audition et représentation de l'enfant

¹ Dans la mesure du possible, le tribunal entend les parties en personne.

² Il entend l'enfant de manière appropriée ou charge un expert de cette audition, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. **Il prend**

dûment compte de l'opinion exprimée par l'enfant, eu égard à son âge, à son degré de maturité et à toute autre circonstance pertinente.

³ Il ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Celle-ci peut formuler des requêtes et déposer des recours.

6. Collaboration internationale (art. 10 LF-EEA)

Article 10 – Collaboration internationale

1. Le tribunal collabore autant que nécessaire avec les autorités de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement.
2. Il vérifie, au besoin avec la collaboration de l'autorité centrale, si et de quelle manière il est possible d'exécuter la décision ordonnant le retour de l'enfant dans l'État dans lequel il avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2468)

6.9 Collaboration internationale (art. 10)

« Une voie particulièrement utile pour obtenir des renseignements sur la situation qui attend l'enfant en cas de retour passe par le contact avec les autorités locales, assuré le plus souvent par les autorités centrales. Dans le cadre d'une procédure de retour, le tribunal compétent peut notamment avoir besoin de recueillir auprès d'un organisme neutre des informations sur les conditions d'accueil de l'enfant chez la partie demanderesse, à un autre endroit où l'enfant est censé vivre à son retour, ou encore au cas où un placement chez des tiers pourrait entrer en ligne de compte. Si ces informations ne sont pas satisfaisantes au regard de l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de demander aux autorités compétentes dans l'État de provenance si elles sont disposées à ordonner ou à garantir les mesures nécessaires à la protection de l'enfant. Pour pouvoir statuer sur la demande de retour, le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des conditions d'accueil qui attendent l'enfant. Le juge devra surtout chercher à déterminer si et de quelle manière peut être assuré le retour de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle immédiatement avant d'avoir été déplacé ou retenu illicitement (art. 10, al. 2). Si l'audition personnelle des intéressés lui fournira de précieux renseignements à cet égard, il n'en devra pas moins utiliser tous les canaux disponibles et notamment établir les contacts nécessaires par le truchement de l'autorité centrale et des experts, contacts qui l'aideront à obtenir des informations sur la situation dans l'État de provenance. Aux fins d'assurer un retour rapide et sûr de l'enfant le juge devra également enquêter sur les personnes qui accompagneront l'enfant durant le voyage, les futures conditions d'hébergement de celui-ci enfin sur les mesures de protection qui seront prises ».

Questions posées

Mise en œuvre

- 8.1. L'art. 10 est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses ? Si oui, comment ? Y a-t-il des différences entre les instances ?
- 8.2. Les tribunaux s'efforcent-ils de collaborer avec les autorités de l'État requérant ? Quelles mesures sont prises afin de préparer et exécuter le retour conformément à l'intérêt de l'enfant ?
- 8.3. Comment se présente la collaboration avec l'autorité centrale fédérale ?
- 8.4. Quelle est la contribution des deux juges de liaison suisses ? Dans combien de cas ceux-ci sont-ils impliqués ?

Effacité

8.5. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ? Dans quelle mesure y aurait-il des possibilités d'amélioration ?

8.6. Cette disposition peut-elle contribuer au respect du droit de visite transnational mis en place dans le cadre de la procédure de retour?

Analyse

1. Dans **huit** décisions – dont il sera question ci-dessous, au n° 3 s. – le Tribunal fédéral évoque **expressément** l'article 10 LF-EEA au sujet de la « *collaboration internationale* ». Dans cinq parmi ces affaires, le recourant, qui était le parent ravisseur, soutenait que le **tribunal cantonal avait violé l'article 10 LF-EEA** en ce qu'il avait omis de rechercher la collaboration internationale pour vérifier comment l'enfant aurait été accueilli dans l'État co-intéressé. La violation de l'article 10 LF-EEA n'a cependant, dans ces affaires, jamais été invoquée seule, mais toujours conjointement à d'autres dispositions de la LF-EEA, notamment de l'article 5 LF-EEA.

2. Dans **aucune de ces affaires, le Tribunal fédéral n'a conclu que le tribunal cantonal avait violé l'article 10 LF-EEA**. Autrement dit, le Tribunal fédéral a jugé que les tribunaux cantonaux avaient, dans ces affaires, respecté les exigences de l'article 10. Le Tribunal fédéral a toutefois, à quelques reprises, admis le recours et renvoyé l'affaire au tribunal pour qu'elle **vérifie les conditions de retour avec l'aide des autorités de l'État partenaire**, mais sans que le recours ne soit fondé sur l'article 10 LF-EEA (v. *infra*, n° 4).

3. Le Tribunal fédéral rappelle que le tribunal cantonal qui ordonne le retour d'un enfant au sens de la CLaH 80 doit déterminer, conformément à l'art. 10 al. 2 LF-EEA, si et comment un tel retour peut être exécuté et que le **Tribunal fédéral examine librement le respect de l'art. 10 al. 2 LF-EEA**, sur la base de l'état de fait retenu dans l'arrêt déféré.

Affaire helvético-thaïlandaise : 5A_605/2019 du 04.09.2019 cons. 4 s.

« 4.1.... **Le Tribunal fédéral examine librement le respect de l'art. 10 al. 2 LF-EEA**, sur la base de l'état de fait retenu dans l'arrêt déféré (arrêt 5A_51/2015 du 25 mars 2015 consid. 6) ».

Affaire helvético-hongroise : 5A_51/2015 du 25.03.2015 cons. 6

« Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Stellungnahme denn auch umfassend zu einer allfälligen Rückführung Stellung genommen, so dass sich unter Gehörspekten keine Probleme ergeben. **Vom rechtlichen Rahmen her ist es möglich, dass das Bundesgericht die im Übrigen auch durch Art. 10 Abs. 2 BG-KKE gebotene Prüfung selbst vornimmt**; soweit das Kantonsgericht hierfür relevante Elemente des sich aus den Akten umfassend und vollständig ergebenden Sachverhaltes nicht in seine Erwägungen überführt hat, **kann dies gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG nachgeholt werden** ».

Affaire helvético-allemande, ATF 5A_27/2011

« 8... Etwas befremdend mutet schliesslich das Vorbringen an, die Vollzugsbehörde dürfe nicht angewiesen werden, das Kind im Unterlassungsfall nach A. _____ zurückzubringen, sondern wenn schon wäre sie anzuweisen, Z. _____ nach D. _____ zu schaffen, von wo aus das Kind in die Schweiz verbracht worden sei: Abgesehen davon, dass die betreffenden Ausführungen Zweifel daran aufkommen lassen,

inwiefern die Mutter fähig ist, zwischen ihren eigenen und den übergeordneten Interessen des Kindes zu unterscheiden, kann eine Rückführung nicht gewissermassen in den luftleeren Raum erfolgen. In D. _____ befinden sich die seinerzeitigen Pflegegrossoeltern der Mutter, aber keine Bezugspersonen des Kindes. **Das Gericht, welches die Rückführung anordnet, hat sich gemäss Art. 10 Abs. 2 BG-KKE zu vergewissern, ob und auf welche Weise diese vollzogen werden kann ».**

4. Dans l'affaire où le grief fondé sur l'article 10 LF-EEA a fait l'objet de l'analyse la plus détaillée, le Tribunal fédéral a conclu que les assurances obtenues de l'autorité centrale de l'État partenaire – *in casu* la Thaïlande – étaient suffisantes alors même que ces autorités, compte tenu du stade peu avancé de la procédure, **avaient omis d'articuler des mesures précises.**

Affaire helvético-thaïlandaise : 5A_605/2019 du 04.09.2019 cons. 4 s.

« 4. **Invoquant la violation de l'art. 10 al. 2 LF-EEA, la recourante fait grief à l'autorité cantonale de ne pas avoir examiné de manière complète les possibilités effectives de retour en Thaïlande** et d'avoir prononcé le renvoi de la mineure sur la base de **garanties purement abstraites**, sans aucune information sur les mesures concrètes qui pourraient être prises pour protéger l'enfant et elle-même à la suite de leur retour en Thaïlande. La recourante dit craindre, d'une part, que le père, par des procédés illégaux, singulièrement grâce à la corruption, ne s'approprie leur fille et, d'autre part, être exposée à des accusations pénales entraînant une peine d'emprisonnement, ce que confirment les avis de droit qu'elle a produit en procédure. **Outre l'absence de garanties concrètes pour leur sécurité**, la recourante reproche à la Chambre des curatelles d'avoir prononcé le renvoi en Thaïlande sans vérifier si elles seraient en mesure d'obtenir un visa.

4.1. Le tribunal qui ordonne le rapatriement d'un enfant au sens de la ClH80 **doit déterminer, conformément à l'art. 10 al. 2 LF-EEA, si et comment un tel retour peut être exécuté** (arrêt 5A_27/2011 du 21 février 2011 consid. 8). **Le Tribunal fédéral examine librement le respect de l'art. 10 al. 2 LF-EEA**, sur la base de l'état de fait retenu dans l'arrêt déféré (arrêt 5A_51/2015 du 25 mars 2015 consid. 6).

4.1.1. La recourante discute en premier lieu l'aspect sécuritaire. En substituant sa propre appréciation des risques prétendument encourus, en faisant primer les avis de droit qu'elle a produits **sur le courriel du 28 mai 2019 du Département des affaires étrangères thaïlandais** et en fondant sa réflexion sur des faits nullement établis – ainsi l'existence d'une corruption des autorités thaïlandaises qui profiterait au père –, la recourante ne démontre pas, conformément aux exigences légales (art. 42 al. 2 LTF), **que l'autorité cantonale aurait appliqué l'art. 10 al. 2 LF-EEA de manière erronée**. Au demeurant, l'autorité précédente a requis des autorités locales des réponses concernant **l'existence de mesures de sécurité et des assurances ont été données par le gouvernement thaïlandais dans le cas présent**. Certes, aucune mesure précise n'a été envisagée, mais il ressort du courriel du 28 mai 2019 que les mesures effectives qui seront éventuellement prises dépendent du contexte. De surcroît, la Chambre des curatelles a retenu qu'il ressortait des déclarations de l'intimé que celui-ci n'a pas déposé de demande devant les autorités locales thaïlandaises tendant à la garde exclusive de sa fille. Quant au risque de poursuites pénales que la recourante soutient encourir, il n'apparaît pas comme suffisant, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que la mère serait indubitablement exposée à une mise en détention et que le père a déclaré ne pas avoir entrepris de démarches dans ce sens, singulièrement n'a pas déposé plainte, auprès des autorités pénales. Par surabondance, le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne la mineure, non le parent ravisseur (arrêt 5A_936/2016 du 30 janvier 2017 consid. 6.3.2). La critique relative à la sécurité de la mineure en Thaïlande, dans la mesure où elle est appellatoire, est irrecevable et doit être rejetée pour le surplus.

4.1.2. Il en va de même, dans un second temps, de **la critique relative à l'obtention de visas pour retourner en Thaïlande**. La Chambre des curatelles a constaté que, selon les propres déclarations de la mère en audience le 28 juin 2019, celle-ci « craignait qu'il ne soit difficile pour elle d'en obtenir un nouveau », mais n'alléguait pas, comme elle

le fait dorénavant, une impossibilité d'obtenir le visa nécessaire. Cela étant, il ressort de l'arrêt entrepris que la recourante dispose du montant nécessaire au dépôt pour l'obtention d'un visa, étant propriétaire d'un bien immobilier en France et de parts immobilières en Thaïlande. A cet égard, la recourante ne démontre pas que le dépôt de garantie exigé devrait nécessairement intervenir en liquide. Largement appellatoire, la critique concernant l'obtention d'un visa est mal fondée, autant qu'elle est recevable (art. 42 al. 2 LTF).

4.2. Il s'ensuit **que l'autorité cantonale a vérifié de manière complète, actuelle et concrète la possibilité pratique d'un retour en Thaïlande**; partant, il **peut raisonnablement être exigé de la recourante qu'elle retourne dans le pays requérant avec sa mère** (art. 10 al. 2 LF-EEA; URS Peter Möckli, Die Relocation Von Kindern, Rds 2017 Ii P. 229 S S, 301; Andreas Bucher, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, RSDIE 2017 p. 227 ss, 236) ».

5. La mère astreinte au retour a saisi la **Cour européenne des droits de l'homme** qui, à l'unanimité, a jugé que l'analyse du Tribunal fédéral **ne violait pas le droit au respect de la vie familiale de la mère inscrit à article 8 ConvEDH**. Voici les passages pertinents de la décision de la Cour de Strasbourg :

CEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse, requête no. 12937/20, 23 novembre 2021

« 104. À la lumière des principes généraux mentionnés ci-dessus, la Cour estime que la question principale qui se pose est de savoir **si le processus décisionnel a poursuivi l'intérêt supérieur de l'enfant** et, en particulier, **a exclu tout « risque grave »** pour l'enfant au sens de l'article 13 al. 1 lettre b) de la Convention de La Haye.

105. À cet égard, la Cour estime que les implications qu'un retour en Thaïlande aurait pour la deuxième requérante **ont fait l'objet d'un examen circonstancié par les tribunaux suisses, aussi bien s'agissant de la sécurité de l'enfant que la situation financière de sa mère**. La Cour observe, en particulier, qu'à aucun moment de la procédure interne, un retour de l'enfant seule n'a été envisagé par les autorités compétentes et que la mère a toujours affirmé qu'elle accompagnerait sa fille en cas de retour (voir, *a contrario*, *Neulinger et Shuruk*, précité, § 144). Le tribunal cantonal a estimé, dans son arrêt du 28 juin 2019, que la première requérante n'avait pas noué en Suisse des relations d'une solidité qu'on ne pouvait raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne en Thaïlande. Par ailleurs, **les juridictions suisses n'ont pas déterminé le lieu de résidence exacte des requérantes en Thaïlande**. Les tribunaux ont également constaté, sans tomber dans l'arbitraire, que la situation financière de la première requérante lui permettrait de s'occuper de son enfant et qu'elle n'aurait pas à craindre des poursuites pénales par les autorités thaïlandaises.

106. La Cour rappelle également que le tribunal cantonal a organisé **trois audiences** (le 24 septembre 2018, le 25 janvier 2019 et le 28 juin 2019) dans le cadre desquelles il a entendu les parties, y compris l'enfant, ainsi que différents professionnels, notamment au sujet d'un éventuel risque grave pour l'enfant en cas de retour. En outre, il importe de rappeler que le tribunal cantonal a désigné un curateur pour faire valoir l'intérêt supérieur de l'enfant et en vue de la représenter, entre autres, devant le Tribunal fédéral.

107. La Cour ne méconnaît pas que la pédopsychiatre Dr. X. a constaté qu'elle était « inquiète à l'idée d'un éventuel retour en Thaïlande pour l'enfant par rapport à ce qu'[elle a] pu constater » (paragraphe 27 ci-dessus). Or, elle rappelle que le jugement du tribunal cantonal du 31 janvier 2019, faisant suite à l'audience dans le cadre de laquelle ces observations avaient été faites et rejetant la requête de retour du père au motif qu'un retour de l'enfant était susceptible de créer un risque concret et grave pour son développement, a ultérieurement été annulé par le Tribunal fédéral par arrêt du 24 avril 2019. Dès lors, ce dernier a renvoyé la cause pour nouvelle instruction et décision à l'instance inférieure. Le **tribunal cantonal devait notamment déterminer si la mère était en mesure de prendre soin de l'enfant en Thaïlande et si l'on pouvait l'exiger d'elle** (paragraphe 31 ci-dessus). Après une nouvelle instruction approfondie sur les éventualités d'un retour en Thaïlande, le tribunal cantonal a rendu un nouveau jugement

concluant qu'aucune exception au retour de l'enfant en vertu de l'article 13 al. 1 lettre b) de la Convention de La Haye n'existait, et a ordonné son retour.

108. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'**autorité centrale de la Suisse** pour les enlèvements internationaux d'enfants a transmis des questions soulevées par le père de l'enfant en vue de la nouvelle instruction de l'affaire à son homologue thaïlandais. Le 28 mai 2019, le Département des affaires internationale de l'Office de l'avocat général thaïlandais **a précisé qu'en cas de retour effectif de l'enfant, elle aurait le pouvoir et l'obligation de garantir la sécurité de l'enfant ou l'exercice de ses droits en lui garantissant l'accès au Ministère public**, avocat ou conseil légal. Il a également précisé que la première requérante pourrait exercer ses droits parentaux et qu'elle ne serait pas condamnée pénalement en cas de retour dans la mesure où il s'agissait en vertu du droit interne d'un cas civil, et non d'un cas pénal.

109. Dans la mesure où les requérantes considèrent ces affirmations comme trop générales et vagues, **la Cour estime qu'on ne pouvait, eu égard au stade peu avancé de la procédure de retour de l'enfant à ce moment-là, s'attendre de la part des autorités suisses à ce qu'elles insistent auprès des autorités thaïlandaises en vue de recevoir des informations plus détaillées sur l'éventualité d'un retour de l'enfant**. Par ailleurs, la Cour estime que les informations reçues de la part des autorités thaïlandaises **englobent certains éléments importants**, notamment la garantie selon laquelle la mère ne serait pas poursuivie au pénal et, dès lors, pourrait s'occuper de la deuxième requérante. La Cour n'a aucune raison de douter de la véracité de ces informations ou de la bonne foi des autorités thaïlandaises.

110. Enfin, la Cour reconnaît que les autorités suisses, en particulier le SPJ, ont entrepris des démarches raisonnables afin de garantir la sécurité de l'enfant en Thaïlande en vue d'exécuter l'ordre de retour, notamment dans la détermination de l'exercice du droit de visite par le père (paragraphe 56-59 ci-dessus).

111. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que le **processus décisionnel a poursuivi l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, qu'il a permis d'exclure tout « risque grave » pour l'enfant au sens de l'article 13 al. 1 lettre b) de la Convention de La Haye** ».

6. Le Professeur Bucher a critiqué la décision de la Cour de Strasbourg par les mots que voici :

« Dans l'affaire de la Thaïlande, le Tribunal fédéral s'est contenté des assurances fournies par l'Office de l'avocat général de la Thaïlande, garantissant que l'enfant aurait accès au Ministère public afin d'être en sécurité et que, par ailleurs, les mesures éventuellement prises dépendaient du contexte (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, consid. 4.1.1, SRIEL 2020 p. 436). **Il s'agissait d'assurances abstraites, impossibles à mettre en œuvre concrètement au moment du retour de l'enfant. Pour la CEDH, étonnamment et contrairement à sa propre jurisprudence, c'était suffisant** (arrêt du 23 novembre 2021, no 12937/20). Or, l'arrêt de la Cour fournit l'information qui démontre que cela n'a servi à rien. Lorsque l'Office fédéral de la justice s'est adressé à son homologue en Thaïlande, celui-ci lui a répondu qu'il fallait s'adresser au Ministère du développement social, au sein duquel l'Office fédéral n'a jamais réussi à obtenir les coordonnées d'une personne de contact (§ 57). Lorsque le Service de protection de la Jeunesse vaudois a tenté d'obtenir des garanties en Thaïlande pour le droit de visite surveillé, il n'a pas pu obtenir de réponse (§ 59). La Cour a apprécié que les autorités suisses, en particulier le SPJ, aient entrepris des 'démarches raisonnables' afin de garantir la sécurité de l'enfant (§ 110). **Une telle réponse n'est pas digne de la CEDH: des démarches raisonnables, peut-être, mais sans aucune réponse du côté thaïlandais ! L'enfant a donc été remis à la Thaïlande sans aucune protection**, alors qu'il devait revenir dans un contexte de violence qui n'a jamais été démenti » (A. Bucher, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 2022 p. 233 ss, 248).

7. Nous n'avons pas connaissance d'affaires où le Tribunal fédéral **a lui-même recherché la collaboration internationale** en prenant appui sur l'article 10 LF-EEA, même lorsqu'en

réformant la décision cantonale qui l'avait refusé, il a ordonné le retour. Sans doute la possibilité d'entreprendre une telle démarche peut paraître délicate compte tenu

- (i) de l'**interdiction des faits nouveaux, des preuves et des demandes nouvelles prescrite à l'article 9 LTF** ;
- (ii) de l'exigence de garantir un **double degré de juridiction** et partant **un contrôle sur la manière dont la collaboration internationale a été recherchée et sur l'adéquation du résultat d'une telle recherche**.

8. Si l'on souhaite encourager le Tribunal fédéral à s'engager dans une telle voie, on peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux introduire une **disposition expresse** à ce sujet, qui pourrait être inscrite dans la **LF-EEA** – et primerait la LTF à titre de loi spéciale – ou bien dans la LTF elle-même.

9. Dans une affaire fort récente, **helvético-israélienne**, le Tribunal fédéral, par une décision rendue au mois d'avril 2023, a admis partiellement le recours formé par le père, qui sollicitait le retour de l'enfant en Israël, à l'encontre de la décision du tribunal cantonal de Fribourg, qui avait refusé sa demande, en renvoyant l'affaire au tribunal cantonal pour qu'il vérifie, de concert avec les autorités locales et les autorités centrales, suisse et israélienne, si le retour, à défaut de pouvoir se faire au domicile du père ou à proximité, **pourrait être fait « dans un endroit neutre »**. Une **affaire franco-suisse** de 2013 avait à vrai dire déjà **procédé de la sorte**.

Affaire helvético-israélienne 5A_228/2023 du 26.04.2023 cons. 7)

« 7. En définitive, le recours est admis dans la mesure où il est recevable, l'arrêt cantonal est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale afin qu'elle détermine, **en collaboration avec les autorités locales et centrales suisse et israélienne si l'on peut envisager un retour de l'intimée sur le territoire israélien, dans un endroit neutre**. Il est entendu que les mesures de protection urgentes, levées par les chiffres II, III et IV de l'arrêt entrepris, sont maintenues ».

Affaire franco-suisse : 5A_637/2013 du 01.10.2013 cons. 5.3 ss)

« 5.2. En l'espèce, tout d'abord, au vu du très jeune âge de l'enfant née en 2012 et du fait que celle-ci a toujours été prise en charge par la recourante, une séparation d'avec sa mère créerait une situation intolérable pour elle, en ce sens que son hébergement auprès de l'intimé qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à son intérêt (art. 13 al. 1 let. b CLaH80; art. 5 let. a LF-EEA).

Or, l'arrêt attaqué ne permet pas de déterminer si la décision française accordant la garde au père et un droit de visite à la mère, rendue le 22 novembre 2012, **doit être exécutée, de sorte qu'elle imposerait à la recourante de remettre sa fille à l'intimé**. Dans sa réponse, la curatrice de l'enfant affirme que tel serait le cas. Si cette affirmation est avérée, **le retour doit être refusé, l'exception de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 étant remplie**. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé, **il appartient en principe au juge du fait d'entreprendre les démarches auprès des autorités de l'Etat de provenance pour obtenir des garanties à cet égard** (arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.8 et 3.9, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Il convient donc de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin que celle-ci s'assure auprès des autorités françaises que, en cas de retour en France de la recourante avec l'enfant, celle-ci lui sera confiée jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde (cf. arrêts 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 4, publié in RSDIE 2012 p. 337; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.6, publié in FamPra.ch 2009 p. 791) »

10. Il se dégage de la jurisprudence du Tribunal fédéral, et des décisions cantonales qu'il a eu à examiner, que la recherche *active* d'une collaboration internationale entre le tribunal cantonal et les autorités de l'État de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement au sens de l'**article 10 LF-EEA semble peu pressante dans une série de cas de figure** :

- (i) lorsque le retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement doit, initialement et sans préjudice de la décision sur la garde qui sera au besoin prise par les tribunaux de cet État, avoir lieu **auprès du parent ravisseur** dont tout laisse penser qu'il décidera de retourner lui aussi avec l'enfant, et **notamment dans le logement où l'enfant avait vécu jusque-là, logement que le parent requérant s'engage à laisser libre et mettre à leur disposition** et sans qu'il y ait eu d'allégations de violence ou de maltraitance ou d'autres risques graves de danger physique ou psychique ;

Affaire helvético-serbe, 5A_569/2009 du 10.11.2009 cons. 2.2)

« 2.2 Il ricorrente afferma pure che in base all'art. 10 cpv. 2 LF2RMA la Corte cantonale **avrebbe dovuto informarsi da una fonte neutrale sulle condizioni di accoglienza del minore presso il richiedente o in un altro luogo in cui il figlio dovrà vivere.** Giusta l'art. 10 cpv. 2 LF-RMA il tribunale accerta, se del caso con l'Autorità centrale, se e in che modo sia possibile eseguire il ritorno del minore nello Stato in cui aveva la dimora abituale prima del rapimento. Con la sua critica il ricorrente disconosce che la Corte cantonale non parte dal presupposto che egli venga separato dalla madre e collocato presso il genitore richiedente **e che egli potrà vivere nell'appartamento, lasciato a disposizione dal padre, in cui viveva prima del suo trasferimento.** Anche questa censura è infondata »;

- (ii) lorsque le retour doit intervenir auprès du parent requérant – et **au domicile du parent requérant** – auprès duquel l'enfant résidait jusque-là à titre principal ;

c'était par exemple le cas de l'affaire **helvético-mexicaine** déjà plusieurs fois citée, le retour devait avoir lieu au Mexique auprès de la *mère*, parent de référence, et *a priori* au domicile mexicain où l'enfant avait vécu jusque-là) ; c'était également le cas de l'affaire **helvético-allemande** qui sera rapportée plus loin (*infra*, ad art. 12 LF-EEA, n° 13) ;

- (iii) lorsque le retour doit intervenir auprès du parent requérant auprès duquel l'enfant avait l'habitude de passer des **séjours à titre de droit de visite**, qui n'avaient pas donné lieu à des difficultés ;

Affaire helvético-grecque, ATF 5A_621/2022 du 28.09.2022

« 5.2. Pour appuyer le caractère prétendument intolérable du retour des enfants en Grèce, la recourante reproche encore à la cour cantonale **son absence d'investigation sur les conditions du retour des enfants, en violation de l'art. 10 al. 2 LF-EEA.**

La cour cantonale est manifestement partie de la prémisse que le retour des enfants s'effectuerait chez leur père qui s'en occuperait temporairement, le temps qu'une décision définitive soit prise sur la garde. Une demande de renseignements sur les conditions d'accueil des enfants auprès de l'intimé **n'apparaissait implicitement pas nécessaire** étant établi que les enfants **se rendaient régulièrement et volontiers chez lui lorsqu'elles étaient en Grèce et que les compétences parentales de celui-ci sont avérées.** Les rétractations de la recourante à ce dernier égard sont ainsi insuffisantes à faire apparaître une violation de l'art. 10 al. 2 LF-EEA ».

11. Il semble alors qu'*a contrario*, les cas de figure les plus susceptibles de déterminer le tribunal cantonal à rechercher la collaboration internationale au sens de l'article 10 LF-EEA devraient être les suivants :

- (i) ceux où le tribunal cantonal **envisage de ne pas retourner l'enfant** en vertu de l'article 13 al. lit b) CLaH 80 ; on notera que, dans un tel cas de figure, le Règlement Bruxelles II-*ter*, en vigueur depuis le 1^{er} août 2022, en reprenant une disposition semblable du Règlement Bruxelles II-*bis* en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005 (art. 11 al. 4), énonce que la juridiction saisie d'une demande en retour

« ne refuse pas le retour de l'enfant si la partie qui demande le retour de l'enfant garantit à la juridiction, en fournissant des éléments de preuve suffisants, que des **dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour** ou si la juridiction en est convaincue de toute autre manière » (art. 27 al. 3) ;

- (ii) en particulier, ceux où le retour ne saurait être ordonné que **dans un endroit situé à une certaine distance** du domicile du parent requérant, qui était l'ancien domicile de la famille. Il arrive assez souvent que, s'agissant des motifs de refus de l'article 13 CLaH 80 et de l'article 5 LF-EEA, le Tribunal fédéral rappelle que le retour doit se faire **non pas vers un endroit précis, et notamment pas au domicile du requérant, mais bien dans un endroit quelconque sur le territoire de l'État co-intéressé** (v. *supra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 32) L'article 10 LF-EEA peut être exploité **pour permettre au tribunal cantonal de vérifier *in concreto* que les conditions d'un retour vers « un endroit neutre »** sont réunies.

12. Certaines décisions cantonales font penser que la rédaction de l'article 10 LF-EEA est **ambigüe, notamment sur deux points.**

- (i) Selon la lecture que certains tribunaux cantonaux ont quelque peu inopinément pu en faire, **le principe inscrit à l'alinéa 2 de l'article 10 LF-EEA ne supposerait pas forcément la recherche d'une « collaboration internationale », et ce contrairement à ce que l'intitulé de cette disposition laisse apparaître.**

Une décision du Tribunal cantonal vaudois a, par exemple, pris appui sur l'article 10 al. 2 LF-EEA pour justifier que le retour ne soit pas ordonné car le juge français avait attribué la garde au père pour sanctionner la mère, gardienne de l'enfant jusque-là, pour avoir enlevé l'enfant de Thonon-les-Bains à Lausanne. **Aucune collaboration internationale n'a été recherchée par le tribunal cantonal vaudois** alors que nous avons insisté sur l'intérêt qu'il aurait eu en l'espèce, pour le bien de cet enfant destiné à vivre entre la France voisine et la Suisse, à engager un dialogue avec son homologue français (v. *supra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 32).

Affaire franco-suisse, Vaud, Tribunal cantonal, CCUR 17 octobre 2022/176 du 17.10.2022 cons. 5.4.2.5

« 5.4.2.5 Le tribunal qui ordonne le rapatriement d'un enfant au sens de la CLaH80 doit déterminer, **conformément à l'art. 10 al. 2 LF-EEA, si et comment un tel retour peut être exécuté** (TF 5A_27/2011 du 21 février 2011 consid. 8 ; TF 5A_605/2019 précité consid. 4.1).

5.4.3.1 En l'espèce, le demandeur revendique le retour de sa fille et se prévaut du jugement français du 1er mars 2022 lui attribuant la garde. Il conteste les allégations de la défenderesse à son sujet, faisant en substance valoir qu'il est un père responsable, étant déjà en charge d'une adolescente épanouie auprès de lui, et qu'il dispose des capacités personnelles et matérielles pour s'occuper quotidiennement de O._____. Il soutient à ce titre qu'il peut organiser son temps de travail pour l'accueillir, qu'il a prévu de faire du télétravail deux jours par semaine et qu'il a également inscrit l'enfant à la maternelle en France. Il relève encore que ses relations avec sa fille ont été – et sont – entravées par la défenderesse, ayant toutefois réussi à exercer un droit de visite certaines week-ends jusqu'au 23 février 2022, date à partir de laquelle il n'a plus revu sa fille.

La défenderesse soutient, d'une part, que depuis la naissance de O._____, celle-ci est prise en charge par elle exclusivement, que le demandeur n'a vu sa fille que de manière sporadique entre 2019 et 2021, qu'il n'a pas exercé de droit de visite régulier et étendu, que les dernières visites se passaient mal et, d'autre part, que le demandeur est instable car qu'il a occupé sept logements depuis 2018, dont quatre depuis la séparation des parties, qu'il connaît des problèmes d'addiction (alcool et cocaïne), qu'il a eu des intentions suicidaires et qu'il prend des somnifères. Elle allègue en outre qu'il a été violent avec elle tandis qu'elle était

enceinte de leur fille et relève que, quoi qu'en dise le demandeur, elle a récupéré la garde de ses deux premiers enfants B._____ et Q._____. Selon la défenderesse, la procédure du demandeur se rapproche plutôt d'une vengeance que du souhait réel d'avoir sa fille auprès de lui. S'agissant d'un retour en France de l'enfant, elle invoque en particulier une situation intolérable pour O._____, en raison la séparation d'avec elle et de la prise en charge par son père qui n'est pas adéquate....

5.4.3.4 En définitive, force est de considérer qu'en cas de retour auprès de son père en France, l'enfant serait vraisemblablement à tout le moins placée dans une situation intolérable et que le placement auprès de tiers n'est pas dans son intérêt ».

- (ii) La formulation de l'alinéa 2 de l'article 10 LF-EEA a pu faire penser que la recherche de la collaboration internationale est susceptible d'intervenir **après la décision de retour et au cours de l'exécution de celle-ci en vue de l'assurer de manière optimale**. On trouve, en effet, des décisions cantonales qui, d'une part, ont ordonné le retour, d'autre part, **ont confié à l'autorité d'exécution le soin de vérifier les conditions d'accueil de l'enfant au retour en citant l'article 10 al. 2 LF-EEA**. En ce qu'il semble faire croire que la décision de retour peut être prononcée *avant* qu'on vérifie comment elle peut être exécutée, l'article 10 al. 2 LF-EEA peut faire croire qu'il s'adresse en de définitive (en tout cas *également*) aux **autorités d'exécution**. On trouve aussi des décisions cantonales qui ont prescrit un *retour conditionnel* – p. ex. soumis à la condition que la **plainte pénale** aura été retirée – et confié à l'autorité d'exécution la tâche de vérifier que la condition s'était bien réalisée.

Affaire helvético-italienne, ATF 21.3.2022, 5A_96/2022, c. 6.2

« Come già indicato, il padre si è detto disposto a ritirare la denuncia penale pendente in Italia nel caso di rientro della madre in Italia con i figli. Se la madre optasse per un rientro con i figli in Italia (evenienza che sembra essere la più probabile), **l'Ispettorato della Camera di protezione dovrà accertarsi, prima della partenza, che il padre abbia ritirato ogni e qualsiasi denuncia penale contro la madre**, così da evitare di esporre i minori a situazioni contrarie al loro benessere a dipendenza del seguito di tale procedura (v. sentenza della Camera di protezione del Tribunale d'appello del Cantone Ticino del 30 luglio 2015 consid. 7, inc. 9.2015.98, <<http://www.sentenze.ti.ch>> [consultato il 18 marzo 2022]) ».

Le Professeur Bucher a critiqué une telle démarche

« Il arrive aussi que le Tribunal fédéral contourne la difficulté en confiant l'examen d'une condition décisive pour la question du retour à l'autorité d'exécution, tel le retrait d'une plainte pénale (ATF 21.3.2022, 5A_96/2022, c. 6.2) ; **cela n'est pas correct, car cela n'entre pas dans la fonction d'une telle autorité** » (Commentaire romand, mise à jour, 7.9.2023, n° 224a).

Dans une affaire **helvético-espagnole**, le Tribunal fédéral, en rejetant le recours et prescrivant le retour des enfants en Espagne, dont l'un souffrait de *trisomie* et d'*autisme*, l'autre d'un *retard général dans son développement*, n'en donne pas moins mandat, sans citer l'article 10 LF-EEA, à l'autorité d'exécution du canton de Berne, de prendre contact avec les autorités espagnoles, avec l'aide de l'Autorité centrale et au besoin du Service social international sur place, **pour préparer l'accueil des deux enfants en Espagne**.

Affaire helvético-espagnole, 5A_952/2021, 6 janv. 2022

« Schliesslich ist die Vollzugsbehörde aufzufordern, mit den für die Ortschaft V._____ zuständigen Kinderschutzböörden in Spanien Kontakt aufzunehmen, soweit nötig durch Vermittlung der Zentralbehörde für Kindesentführung oder den Internationalen Sozialdienst SSI, und diese über das vorliegende

Rückführungsurteil und die besonderen Bedürfnisse der beiden Kinder zu informieren, **damit die lokalen Fachbehörden die nötigen Begleit- und Nachbetreuungsmassnahmen an die Hand nehmen können**, soweit solche nicht ohnehin erfolgen würden (die Mutter hat davon berichtet, dass sie in Spanien in psychologischer und psychiatrischer Hinsicht Hilfe bekommen habe [gerichtliche Parteibefragung, p. 347]) ».

Le Professeur Bucher approuve davantage l'« *intention* » que révèle une telle démarche que l'« *encadrement juridique* » qu'elle se donne :

« Ce scénario comprenait un point supplémentaire qu'il convient de regarder de plus près. L'autorité d'exécution a reçu pour mandat de prendre contact avec l'autorité de protection compétente en Espagne, en cas de besoin par l'entremise de l'Autorité centrale suisse ou le Service social international, afin de permettre à ces autorités locales de préparer les mesures d'accompagnement nécessaires dès l'arrivée des enfants. L'intention est excellente, mais l'encadrement juridique l'est moins. Certes, les mesures d'exécution sont à ordonner par le tribunal qui ordonne le retour (art. 11 al. 1 LF-EEA). Mais en amont, **le tribunal doit déjà s'assurer de la manière avec laquelle sa décision sera exécutée dans l'Etat de la résidence habituelle au moment de l'enlèvement** (art. 10 al. 2 LF-EEA). Il faut préparer le retour en collaboration avec les autorités locales. En l'espèce, les conditions de vie dans le cadre familial de la mère étaient loin d'être exemptes de problèmes pour le bien des enfants. Le Tribunal fédéral avait des hésitations, bien compréhensibles. Or, pour pouvoir statuer le mieux possible, « le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des (SRIEL 2022 p. 233 ss, 247) ».

13. Il faut aussi reconnaître que la collaboration internationale peut certes être recherchée, mais que les **autorités étrangères peuvent ne pas la prêter, ou pas efficacement**, et il se peut même que les assurances données par l'Autorité centrale de l'État co-intéressé ne soient en définitive **pas respectées** par les autres autorités compétentes de cet État. Trois affaires helvético-américaines, largement commentées, montrent à la fois l'*utilité* et les *aléas* de la recherche d'une telle collaboration.

- (i) Dans une première affaire **helvético-américaine**, de 2009, le Tribunal cantonal de Zurich avait obtenu de l'autorité centrale américaine la triple assurance que (a) les autorités américaines d'immigration allaient permettre à la mère de séjourner sur le territoire américain, (b) que le juge américain en charge de la procédure sur la garde allait permettre à l'enfant d'habiter auprès de la mère au cours de la procédure, et même que (c) si la décision de première instance autoriserait la mère à s'installer en Suisse avec l'enfant, une telle décision serait immédiatement exécutoire nonobstant appel. Une telle coordination **judiciaire helvético-américaine** fruit d'un dialogue inter-juridictionnel avait pu être **saluée et qualifiée de modèle à suivre** (v. *infra*, ad art. 12 LF-EEA).
- (ii) La deuxième affaire **helvético-américaine**, de 2010 (**ATF 5A_764/2009**) a déjà été longuement évoquée (*supra*, ad art. 5 LF-EEA, n° 16). Le Professeur Bucher relate qu'à peine sur sol américain, la mère avait été renvoyée en Suisse avec le premier avion, que l'enfant avait été retenu aux Etats-Unis pendant cinq ans avant que l'intervention de Mme la Conseillère fédérale Sommaruga puisse débloquent la situation et lui permettre de s'installer en Suisse chez la mère.

« L'arrêt cite alors une autre jurisprudence dans laquelle le Tribunal fédéral avait cru pouvoir faire confiance à ce que la mère sera en mesure de visiter sa fille de dix ans à New York sur la base d'un visa touristique permettant des entrées multiples pour une durée maximale de 90 jours (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, consid. 4.5, AJP 2010 p. 385). Or, les **autorités d'immigration ont retenu la mère à l'aéroport de New York déjà et l'ont réexpédiée en Suisse avec le prochain vol**. Il a fallu des années de démarches intenses, jusqu'à engager la Conseillère fédérale Sommaruga, pour que la mère puisse obtenir une permission d'entrée pour

'motifs humanitaires'. Le Tribunal fédéral admet donc aujourd'hui s'être trompé, renvoyant le lecteur à un article dans la **NZZ du 23 mars 2015 qui relate que l'enfant a dû rester pendant cinq ans à New York jusqu'à ce qu'enfin les tribunaux new-yorkais acceptent de la confier à sa mère en Suisse** (A. Bucher, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 2022 p. 233 ss, 243 s.) ».

- (iii) Dans une troisième affaire, beaucoup plus récente, le Tribunal cantonal de Zurich avait à plusieurs reprises sollicité la collaboration des autorités américaines au sujet du visa de la mère, sans l'obtenir, **si bien qu'il a décidé de ne pas ordonner le retour, et le Tribunal fédéral l'en a approuvé.**

Affaire helvético-américaine, 5A_437/2021 du 08.09.2021 cons. 2)

« Das Obergericht schildert weiter seine umfangreichen Bemühungen, in Nachachtung des bundesgerichtlichen Vorgehens im Verfahren 5A_105/2009 mit dem zuständigen Gericht in Florida und den amerikanischen Einreisebehörden eine Regelung bezüglich der zehnjährigen Einreisesperre zu finden; bereits die Kontaktaufnahme habe sich schwierig gestaltet und es sei unmöglich gewesen, irgendwelche Garantien zu erreichen. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass eine Aufhebung der Einreisesperre nicht möglich sei, zumal sich die Beschwerdegegnerin über ihren illegalen Aufenthalt hinaus in den USA auch einer Kindesentführung schuldig gemacht habe. Mithin würde es bei einer Rückgabe des Kindes zu einer dauerhaften Trennung kommen, was angesichts des Alters für das Kind und des Umstandes, dass es in ein potentiell gefährdendes Umfeld käme und die Beschwerdegegnerin nicht einschreiten könnte, eine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bedeute. Die Gewaltvorfälle seien zwar mehr oder weniger bestritten oder es würden Erklärungen seitens des Beschwerdeführers erfolgen, aber die Häufung der Vorfälle lasse auf eine mögliche Gefährdung des noch kleinen Kindes schliessen...».

Voici la manière dont le Professeur Bucher commente cette dernière décision :

« On peut penser que c'est également en raison du refus de se voir présenter des nova que le Tribunal fédéral n'a pas voulu suivre le chemin tracé par le second arrêt du litige américain de 2009, en demandant au tribunal de Floride saisi du fond d'autoriser la mère à repartir avec l'enfant aussitôt que les autorités d'immigration lui auraient refusé l'entrée sur le territoire américain (cf. l'ATF cité du 7 décembre 2009, consid. 2 et 3). Cela aurait été une solution, certes compliquée et peut-être pas suffisamment rassurante. Manifestement, le Tribunal fédéral était à tel point choqué par l'attitude hostile des autorités américaines à une collaboration raisonnable qu'il **n'était plus question d'explorer des solutions comportant tant de subtilités sources d'incertitude** » (Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 2022 p. 233 ss, 244 s.).

14. Comme nous avons pu le souligner à plusieurs reprises, la **collaboration internationale entre autorités** nous paraît **particulièrement importante** pour éviter à l'enfant d'abord, et aux parents ensuite, de se trouver face à des **conflits de décisions entre l'État d'origine et l'État-refuge**, qui sont à l'évidence contraires à l'intérêt des enfants qui en sont les premières victimes. Il faut bien reconnaître cependant que le cadre juridique international fixé par le jeu de la Convention de La Haye de 1996 et la Convention de la Haye de 1980 dans lequel les autorités se trouvent à évoluer **peut ne pas sembler très cohérent**. En prenant pour exemple une affaire d'enlèvement de France vers la Suisse, il se trouve que

- (i) conformément à l'art. 7 de la **Convention de La Haye de 1996**, les **autorités françaises** de la résidence habituelle **restent compétentes** à statuer sur la garde de l'enfant **malgré un tel enlèvement** et donc elles ont le droit de confier la garde, par exemple, au parent abandonné, le *père* ; rappelons pour mémoire ce qu'énonce cet article 7 CLaH 96 :

Article 7

1. En cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour **conservent leur compétence** jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État **et** [**condition cumulative**] que:

a. toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour, [**cette condition n'était réunie dans aucune des affaires analysées**] ou

b. l'enfant a résidé dans cet autre État pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu [**cette condition n'était pas non plus réunie dans aucune des affaires analysées**] ;

mais

- (ii) selon la **Convention de la Haye de 1980**, les **autorités suisses** sont compétentes pour statuer sur la **question du retour** de l'enfant vers la France, ce qui implique que, si le retour n'est pas ordonné, l'enfant est **en substance et jusqu'à nouvel ordre**, par les autorités suisses, autorisé à vivre à titre principal en Suisse auprès du parent requérant, la *mère*.

On peut certes penser que le fait que la Suisse ait refusé de prononcer le retour ne devrait pas *immédiatement* avoir pour conséquence que, pour la Suisse, la compétence internationale pour juger de la garde – fondée, en vertu de l'article 7 CLaH 96, sur la résidence habituelle de l'enfant – revient dorénavant désormais aux autorités suisses, et qu'une éventuelle décision française ultérieure pourrait théoriquement être reconnue en Suisse. Mais, d'une part, dès lors que le tribunal supérieur du Canton de Vaud a refusé de retourner l'enfant *parce que* le juge français en a confié la garde au père, il y a lieu d'être sceptique sur la disponibilité des autorités vaudoises à accepter de reconnaître une décision française ultérieure **qui confirmerait la garde au père ou qui la confierait à la mère mais uniquement si elle accepte de se réinstaller en France voisine** (tout en pouvant continuer à travailler en Suisse : nombreux sont les professionnels évoluant dans les milieux hospitaliers lausannois qui habitent de l'autre côté du Lac Léman...). D'autre part, et surtout, lorsqu'un enfant a résidé en Suisse pendant plusieurs mois, souvent plus de six mois – et c'est souvent le cas lorsque la décision suisse de non-retour devient définitive – et qu'une décision suisse de non-retour retire, du point de vue suisse, toute illicéité à sa résidence suisse, l'enfant est susceptible, pour la Suisse, d'être considéré comme désormais **résident habituellement et licitement en Suisse**, si bien que les tribunaux suisses peuvent s'estimer compétents en vertu de l'article 7 CLH 96 – nouvelle résidence habituelle désormais licite – alors que la France peut penser que la résidence de l'enfant qui continue d'être pertinente aux fins de la compétence internationale est la dernière résidence habituelle *licite* de l'enfant, c'est-à-dire la France. **La CLaH 80 est muette quant à ce qui se passe ou devrait se passer au sujet de la compétence internationale après une décision de non-retour et la CLaH 96 est, sur ce même point, parfaitement ambiguë.**

15. Rappelons que c'est précisément pour surmonter le silence de la CLaH 80 et l'ambiguïté de la CLaH 96 que le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, en 2003 déjà, ont essayé de prévenir les **conflits de compétences** entre États membres **consécutifs à la décision de non-retour** au moyennant du Règlement Bruxelles II-*bis*, en tentant tant bien que mal de « *ménager le chou et la chèvre* ». Le point d'équilibre, délicat, que les autorités européennes ont cru pouvoir atteindre consistait

- (i) d'une part, à prescrire aux tribunaux de l'État membre d'origine **de tenir compte des raisons ayant déterminé les tribunaux de l'État membre** refuge à refuser le retour de l'enfant ;
- (ii) d'autre part, aux tribunaux de l'État-refuge, de reconnaître et mettre à exécution en toute circonstance une décision sur la garde impliquant le retour sans même pas pouvoir y opposer l'ordre public internationale ; en substance, **le dernier mot revient à l'État d'origine qui peut outrepasser la décision de l'État-refuge refusant le retour de l'enfant et exiger le retour nonobstant une telle décision.**

Article 11

Retour de l'enfant

Alinéa 1 à 5 omis

« 6. **Si une juridiction a rendu une décision de non-retour** en vertu de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980, cette juridiction doit immédiatement, soit directement soit par l'intermédiaire de son autorité centrale, **transmettre une copie de la décision judiciaire de non-retour et des documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences,** à la juridiction compétente ou à l'autorité centrale de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, conformément à ce que prévoit le droit national. La juridiction doit recevoir tous les documents mentionnés dans un délai d'un mois à compter de la date de la décision de non-retour.

7. À moins que les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites aient déjà été saisies par l'une des parties, la juridiction ou l'autorité centrale qui reçoit l'information visée au paragraphe 6 doit la notifier aux parties et les inviter à présenter des observations à la juridiction, conformément aux dispositions du droit national, dans un délai de trois mois à compter de la date de la notification, afin que la juridiction examine la question de la garde de l'enfant.

Sans préjudice des règles en matière de compétence prévues dans le présent règlement, la juridiction clôt l'affaire si elle n'a reçu dans le délai prévu aucune observation.

8. Nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant ».

16. Seulement, un tel mécanisme intra-européen de prévention de conflit de compétences a **créé bien de résistances** chez les **autorités des États membres en tant qu'État-refuge**, chez les autorités d'exécution plus encore probablement que chez les autorités judiciaires. Des recherches ont montré qu'il n'a pas vraiment fonctionné car les États-refuge ont trop souvent (dans plus de deux tiers des cas recensés) refusé d'obtempérer à la décision de l'État d'origine impliquant le retour de l'enfant **cherchant toute sorte d'« escape device » et déployant de trésors d'ingéniosité pour s'y soustraire si bien que les conflits de compétences et de décisions entre les États membres sur la garde sont été et sont plutôt nombreux.**

« Consequently out of the 26 orders accompanied by an Article 42 Certificate, which is automatically enforceable, **only 27 per cent of these orders were enforced and only 19 per cent were enforced legally.** In relation to the five orders that were enforced legally the enforcing States (state of refuge) were Malta, Portugal (on two occasions) and Slovenia. In the final case the enforcing state was unknown. **The findings show that Article 11(8) Brussels IIa proceedings are largely ineffective as the orders are**

rarely enforced, legally, despite the fact that they are automatically enforceable » (Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU" (2016) 12 *Journal of Private International Law*).

V. ég. notre compte rendu d'une **vingtaine d'affaires intra-européennes** : Gian Paolo Romano, European Family Courts and Inter-Country (Arbitration?) Courts to Deal with Cross-Border Custody Disputes, *Yearbook of private international law*, 2022, vol. XXIII (2021/2022), p. 155-170, librement disponible sur l'Archive ouverte de l'Université de Genève : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:164316>.

17. Inutile de dire que, déchirés par ces **conflits de compétences** entre États membres, **entre l'État de leur mère, ou « mère patrie », et l'État de leur père, ou « Vaterland »**, ces enfants ont souffert terriblement ; certains ont été empêchés par les autorités d'un de ces États – parfois pendant plus de 13 ans ! – et au mépris du principe de la liberté de circulation des personnes, de se déplacer sur le territoire de l'autre État co-intéressé et de rendre visite au parent et à la partie de leur famille qui y vit.

On se permettra de renvoyer à l'étude précitée : Gian Paolo Romano, European Family Courts and Inter-Country (Arbitration?) Courts to Deal with Cross-Border Custody Disputes, *Yearbook of private international law*, 2022, vol. XXIII (2021/2022), p. 155-170, librement disponible sur l'Archive ouverte de l'Université de Genève : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:164316>

18. Le Règlement Bruxelles II-ter a **confirmé** un tel mécanisme de principe en détaillant de manière plus précise les étapes de la procédure qui suit la décision ayant refusé le retour (art. 29), tout en permettant aux autorités de l'État membre où se trouve l'enfant le refus de l'exécution de la décision en vertu d'un empêchement durable ou d'un changement de circonstances de **nature permanente** (art. 56).

19. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de se demander si **la « collaboration internationale » ne pourrait pas être recherchée également dans d'autres situations**. Il convient en particulier de remarquer que l'interaction entre, d'une part, CLaH 80 et LF-EEA, et, d'autre part, la CLaH 96, autorise, à tout le moins lorsque l'enlèvement d'un enfant co-intéresse deux États parties à la CLaH 80 qui sont également contractants de la CLaH 96, de **nouvelles formes de « collaboration »**.

(i) Lorsque l'enlèvement a lieu au départ d'un **État partie à la CLaH 96** (tout État de l'Union européenne, Royaume-Uni, etc. : il y a lieu de penser que **plus de la moitié** des enlèvements vers la Suisse proviennent de ces pays : Allemagne, France, Italie, Autriche, Espagne, Portugal, Grèce, Pologne, Bulgarie, République Tchèque, Royaume-Uni, etc. : v. les statistiques fournies par le « *Schlussbericht* », p. 76), l'article 8 de la CLaH 96 devrait permettre au tribunal supérieur du canton en charge de la procédure visant le retour, via l'Autorité centrale suisse, d'échanger avec le tribunal étranger de l'État partenaire qui est susceptible d'être saisi ou qui a déjà été saisi d'une procédure sur la garde, au sujet de la pertinence d'un **« transfert de compétence » pour statuer sur la garde et le droit de visite en faveur des juridictions suisses**. Si l'État de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement accepte de **transférer à la Suisse la compétence à statuer sur le fond de la garde, bien des difficultés que pose la procédure de retour disparaissent**. Un tel transfert de compétence pourrait être pertinent lorsque les éléments de rattachement à la Suisse ou le vécu de la famille en Suisse – même si la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en dernier lieu sur le territoire de cet État partenaire – sont plus importants que ceux qui le rattachent à cet État partenaire. Bien sûr, il faut bien s'attendre à ce que le tribunal de cet État puisse ne pas accepter la requête de transfert de compétence. Mais la demande de transfert pourrait être faite par le tribunal cantonal **« sans préjudice de la possibilité que le retour ne soit pas ordonné au motif des articles 12, 13 et 20 CLaH 80 »**.

Art. 8 CLaH 96

1. Les autorités des États contractants mentionnés à l'art. 8, par. 2, si elles considèrent qu'elles sont **les mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant**, peuvent :

- soit demander à l'autorité compétente de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet État, **de leur permettre d'exercer la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires** ;
- soit inviter les parties à présenter une telle demande devant les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Les autorités concernées peuvent **procéder à un échange de vues**.

3. L'autorité à l'origine de la demande ne peut exercer la compétence en lieu et place de l'autorité de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant que si cette autorité a accepté la demande.

- (ii) Toujours lorsque l'enlèvement a lieu au départ d'un **État partie à la CLaH 96**, **l'article 11 de celle-ci** permet au tribunal cantonal de prendre des mesures de protection de l'enfant qui devraient rester efficaces **également sur le territoire de l'État partenaire** une fois le retour ordonné jusqu'à ce que l'autorité compétente de cet État n'en ait pas pris d'autres qui les remplacent. Ainsi, le tribunal cantonal pourrait, dans la décision de retour, citer expressément l'article 11 CLaH 96 et prescrire que, même une fois que le retour a été exécuté, l'enfant résidera auprès du parent ravisseur aussi longtemps que l'autorité de l'État co-intéressé n'aura pris les mesures nécessaires. L'article 10 LF-EEA permet de surcroît au tribunal cantonal de prendre de telles mesures – dotées d'efficacité extraterritoriale – après une concertation préalable avec le tribunal étranger.

Art. 11 CLaH 96

1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des art. 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation.

3. Les mesures prises en application du par. 1 à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État non contractant cessent d'avoir effet dans chaque État contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État.

C'est ce que prévoit expressément le nouvel article 27 du Règlement Bruxelles II-ter dans les relations entre États membres :

Article 27 Procédure de retour d'un enfant

« 5. **Lorsqu'elle ordonne le retour de l'enfant, la juridiction peut, le cas échéant, prendre des mesures provisoires ou conservatoires**, conformément à l'article 15 du présent règlement, pour **protéger l'enfant contre le risque grave visé à l'article 13, premier alinéa, point b)**, de la convention de La Haye de 1980, pour autant que l'examen et la prise de ces mesures ne retardent pas indûment la procédure de retour »

Il semble certain que l'article 11 CLaH 96 permet de mettre en place le même mécanisme entre États parties à la CLaH 96.

- (iii) Lorsque le tribunal de l'État partenaire est susceptible d'être saisi par le parent abandonné d'une demande au sujet de la garde et des droits de visite ou qu'il a été déjà été saisi d'une telle demande mais sans avoir encore eu la possibilité de se prononcer, et qu'il y a lieu de craindre qu'un tel tribunal serait **tenté de « punir » le parent ravisseur**, qui a été toujours le parent de référence, et de lui retirer la garde pour la confier au parent abandonné, le tribunal cantonal pourrait solliciter un échange de vues en vertu de l'article 10 LF-EEA. Dans un certain nombre **d'affaires franco-suisse**s, y compris très récentes, c'est bien ce qui s'est produit (v. *supra*, n° 35).

Le résultat – le juge français a transféré la garde au père en réaction à l'enlèvement de l'enfant commis par la mère, personne de référence, et le juge suisse a refusé le retour de la mère en France au motif qu'une séparation de la personne de référence exposerait l'enfant au risque d'un danger intolérable – **est manifestement contraire à l'intérêt de cet enfant franco-suisse**, qui ne peut plus se déplacer sur le territoire français jusqu'à nouvel ordre, et même en violation de l'article 10 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. **L'intérêt de l'enfant exige que les tribunaux des deux États engagent un dialogue et qu'ils coordonnent leurs décisions au lieu de s'ignorer.**

Démarches envisageables

Pour résumer les propositions qui viennent d'être évoquées à propos de cet article 10 LF-EEA, on peut se demander s'il ne faudrait pas

- (i) réfléchir davantage aux conséquences résultant pour les enfants et les familles concernées de conflits de compétences et de conflits de décisions entre la Suisse et l'État partenaire, et par conséquent
- (ii) encourager les tribunaux cantonaux à exploiter davantage les possibilités offertes par la « *collaboration internationale* » évoquée par l'article 10 LF-EEA dans la mesure où la recherche d'une telle collaboration est compatible avec le principe de célérité ;
- (iii) réfléchir aux possibilités de collaboration et d'échanges de vue qu'ouvre la CLaH 96, et notamment ses articles 9, au sujet du transfert de compétence, et 11 au sujet de la compétence de l'État de la présence de l'enfant pour prononcer des mesures de protection destinées à être efficaces également dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par les autorités de celui-ci ;
- (iv) réfléchir à l'éventualité de permettre au Tribunal fédéral de solliciter lui-même la collaboration internationale des autorités de l'État partenaire, en examinant les *pours* et les *contres*, et, s'il y a lieu, à modifier la LF-EEA ou la LTF ;
- (v) réfléchir à l'opportunité d'éliminer les deux ambiguïtés qui ont été signalées concernant l'alinéa 2 de l'article 10

Voici donc une proposition d'article 10 LF-EEA modifié pour tenir compte des développements qui précèdent :

Art. 10 Collaboration internationale

¹ Le tribunal ~~sollicite~~ ~~collabore~~ ~~avec~~ ~~des~~ ~~autorités~~ ~~de~~ ~~l'État~~ ~~dans~~ ~~lequel~~ ~~l'enfant~~ ~~avait~~ ~~sa~~ ~~résidence~~ ~~habituelle~~ ~~au~~ ~~moment~~ ~~de~~ ~~l'enlèvement~~ **et coopère avec elles.**

² Il vérifie, **s'il y a lieu, avec de telles autorités**, au besoin avec la collaboration de l'autorité centrale, si et de quelle manière il est possible d'exécuter la décision ordonnant le retour de l'enfant dans l'État dans lequel il avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement.

³ Lorsque le tribunal ordonne le retour, et si les circonstances le requièrent, il adresse au tribunal de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement, s'il a déjà été saisi, toute observation qu'il estime pertinente au sujet de la situation familiale.

⁴ Lorsque le tribunal n'ordonne pas le retour, et si les circonstances le requièrent, notamment lorsque le tribunal de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement a prononcé une décision confiant la garde au parent requérant, il vérifie, au besoin avec la collaboration de l'autorité centrale, et du réseau d'experts,

- a. s'il y a lieu d'encourager ensemble les parties à se soumettre à une médiation, au besoin avec l'assistance des autorités centrales des deux États, et notamment à une co-médiation ;
ou
- b. si le tribunal de cet État accepte que la résidence habituelle de l'enfant pertinente au sens de l'article 5 CLaH 96 se trouve désormais en Suisse
ou
- c. s'il accepte un transfert de compétence au profit des autorités suisses au sens de l'article 9 de la CLaH 96 ;
ou, à défaut,
- d. s'il est possible, y compris par l'intermédiaire des Autorités centrales et des juges de liaison des deux États, de parvenir à un accord interjuridictionnel, à incorporer dans deux décisions, au sujet de la garde, du lieu de résidence, et des droits de visite.

9. Décision ordonnant le retour (art. 11 LF-EEA) et

10. Exécution de la décision de retour (art. 12 LF-EEA)

[Il a paru utile de traiter ensemble ces deux dispositions de la LF-EEA]

Art. 11 Décision ordonnant le retour de l'enfant

¹ La décision ordonnant le retour de l'enfant doit être assortie de mesures d'exécution et communiquée à l'autorité chargée de l'exécution et à l'autorité centrale.

² La décision de retour et les mesures d'exécution ont effet sur le territoire suisse.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2468)

6.10 Décision de retour (art. 11)

« Si le tribunal tranche en faveur de la partie qui a demandé le retour de l'enfant, il règle également les modalités de l'exécution de telle sorte que celle-ci n'exige plus de nouvelle procédure judiciaire (art. 11, al. 1). La décision statuant le retour de l'enfant et l'ordonnance d'exécution produisent effet dans l'ensemble de la Suisse (art. 11, al. 2). Elles ne peuvent plus être remises en cause, lors d'un changement de domicile dans un autre canton, par exemple. Les mesures d'exécution doivent être ordonnées de telle manière qu'elles resteraient praticables également au cas où un recours serait formé devant le Tribunal fédéral. Si elles ne restent pas praticables, le Tribunal fédéral arrête les nouvelles mesures nécessaires. Lorsqu'un tribunal arrête une mesure, il doit tenir compte du fait que son exécution ne doit pas aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et ne pas perdre de vue la nécessité de laisser à l'autorité chargée de l'exécution suffisamment de temps pour s'efforcer d'obtenir que le retour ait lieu volontairement (art. 12, al. 2). A cette fin, il aurait avantage à consulter l'autorité du canton concerné qui est compétente pour assurer l'exécution de même que l'autorité centrale ».

Questions

Mise en œuvre

9.1. L'art. 11 est-il effectivement appliqué par les tribunaux suisses et par les autorités de l'exécution ?

9.2. Dans combien de cas (en %) les décisions de retour sont-elles assorties de mesures d'exécution ? Lorsque de telles mesures sont effectivement prévues dans la décision, quel est en substance leur contenu ? Quel est le sens et l'utilité de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP ?

9.3. L'autorité centrale est-elle impliquée par les tribunaux ?

Efficacité

9.4. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

9.5. Comment la résidence habituelle est-elle évaluée dans la décision de retour lorsque les parents étaient convenus d'un séjour de l'enfant en Suisse limité dans le temps ? Comment l'intérêt de l'enfant est-il pris en compte dans ce genre de situations ?

Art. 12 – Exécution de la décision de retour

¹ Les cantons désignent une autorité unique chargée d'exécuter la décision.

² L'autorité tient compte de l'intérêt de l'enfant et s'efforce d'obtenir l'exécution volontaire de la décision.

6.11 Exécution de la décision (art. 12)

Les autorités des communes et celles des districts étant parfois dépassées dès lors qu'il s'agit d'exécuter le retour dans un Etat étranger d'un enfant enlevé, le projet prévoit que les cantons désignent une seule autorité pouvant disposer du savoir-faire et des capacités nécessaires, qui sera chargée d'assurer ce retour (art. 12, al. 1) et d'exécuter les mesures de protection visées à l'art. 6. L'exécution du retour ne doit pas être opérée selon un mode qui traumatise l'enfant et constitue une menace pour sa santé psychique ou physique. En d'autres termes, l'intérêt de l'enfant doit être au centre des préoccupations de l'autorité chargée de l'exécution (art. 12, al. 2). Le retour volontaire est le meilleur moyen de tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Aussi, l'autorité doit s'employer à amener les parties à convenir à l'amiable du retour, épargnant ainsi à l'enfant l'exécution de la décision par des tiers.

Questions posées

Mise en œuvre

10.1. L'art. 12, al. 1, a-t-il été mis en œuvre par les cantons ?

10.2. L'autorité de l'exécution applique-t-elle effectivement l'art. 12, al. 2 ? Si oui, comment ?

10.3. L'intérêt de l'enfant est-il pris en considération lors de l'exécution des décisions de retour, (possibilité de saluer la famille/les amis, de terminer le semestre à l'école, etc.) ? Dans le cadre de l'exécution du retour, vérifie-t-on les conditions de logement de l'enfant après le retour ? Le retour est-il préparé avec les autorités de l'Etat requérant ?

10.4. Le délai très court de recours est-il pris en considération pour la fixation de la date du retour ?

10.5. L'autorité centrale et les services consulaires suisses peuvent-ils fournir leur soutien une fois que l'enfant est rentré dans l'Etat requérant ?

Efficacité

10.6. Cette disposition s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ? Depuis l'introduction de cette disposition, l'exécution des décisions de retour est-elle devenue plus conforme à l'intérêt de l'enfant ?

10.7. Y a-t-il eu davantage d'exécutions volontaires ou soutenues par les autorités que de véritables exécutions forcées ?

10.8. Les exécutions forcées, lorsqu'elles sont nécessaires, sont-elles menées en prenant en considération l'intérêt de l'enfant ? Des moyens coercitifs sont-ils/ont-ils été utilisés lorsqu'un enfant s'oppose au retour ? Dans l'affirmative, lesquels ? Organise-t-on une personne qui accompagne l'enfant ? Dans l'affirmative, qui ?

10.9. L'autorité centrale, d'autres autorités, institutions ou organismes (p.ex. le SSI) ainsi que les juges de liaison sont-ils impliqués ?

10.10. Y a-t-il une pratique uniforme des corps de police cantonaux concernant la manière d'agir en cas de résistance claire de l'enfant ?

10.11. Quelle est la situation dans le cadre des décisions du Tribunal fédéral renversant des décisions cantonales qui refusent le retour ?

Analyse

1. Il convient d'abord d'énumérer les cas de figure principaux où les modalités du retour de l'enfant entrent en jeu (I), puis de rendre compte des principes prescrits à ce sujet par le Tribunal fédéral (II). Il s'agira ensuite d'analyser les affaires où le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours qui avait (en tout cas *également*) pour objet les modalités d'exécution (III), puis des prescriptions fixées par le Tribunal fédéral lui-même lorsqu'il confirme l'ordre cantonal de retour ou bien, en réformant la décision cantonale qui le refusait, il ordonne le retour pour la première fois (IV).

1. Sept cas de figure principaux

2. Les principales décisions du Tribunal fédéral qui, d'une manière ou d'une autre, se penchent sur l'exécution de la décision de retour et les modalités d'exécution sont environ **une trentaine**.

3. Les configurations envisageables sont assez nombreuses. On peut en distinguer **sept principales**.

- (i) **Cas de figure 1.** Le tribunal cantonal a ordonné le retour de l'enfant, le plus souvent en fixant, comme le lui prescrit l'article 11 LF-EEA, des modalités d'exécution, et d'abord le délai du retour – qui, dans les affaires analysées, va au-delà des dix jours ; le parent auteur de l'enlèvement forme un recours dans les dix jours, le Tribunal fédéral rejette le recours **en confirmant la décision cantonale de retour. Ce sont les cas les plus fréquents.**
- (ii) **Cas de figure 2.** Le tribunal cantonal a refusé le retour au parent requérant sans donc fixer des modalités d'exécution, le parent requérant forme un recours devant le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral admet le recours, réforme la décision cantonale et ordonne le retour. **Le retour est ici ordonné pour la première fois par le Tribunal fédéral. Des modalités d'exécution devront être prescrites pour la première fois.**
- (iii) **Cas de figure 3.** Le tribunal cantonal a refusé le retour au parent requérant, celui-ci forme un recours devant le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme la décision du tribunal cantonal qui **refuse le retour de l'enfant. Aucune exécution n'est ici nécessaire.**
- (iv) **Cas de figure 4.** Le tribunal cantonal a ordonné le retour, le parent ravisseur forme un recours, le Tribunal fédéral admet le recours et **refuse le retour. Aucune exécution n'est nécessaire.**
- (v) **Cas de figure 5.** Le tribunal cantonal a refusé le retour au parent requérant, celui-ci forme un recours devant le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral admet le recours et **renvoie l'affaire au tribunal cantonal** en lui prescrivant de se déterminer « *dans le sens de ses considérants* ». Aucune exécution ne doit pour l'instant intervenir. **Le tribunal cantonal pourra ordonner le retour ou ne pas l'ordonner.** L'affaire pourrait monter encore devant le Tribunal fédéral. La question de savoir si le retour devra intervenir dépend de la nouvelle décision du tribunal cantonal et, si celle-ci forme l'objet d'un recours, de la nouvelle décision du Tribunal fédéral.
- (vi) **Cas de figure 6.** Le tribunal cantonal a ordonné le retour, le parent ravisseur forme un recours devant le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral admet en tout cas partiellement le recours et **renvoie l'affaire devant le Tribunal cantonal en lui prescrivant de se déterminer** « *dans le sens de ses considérants* ». Aucune exécution ne doit pour l'instant intervenir. **Le tribunal cantonal pourra ordonner le retour ou ne pas l'ordonner.** L'affaire pourrait monter encore devant le Tribunal

fédéral. La question de savoir si le retour devra intervenir dépend de la nouvelle décision du tribunal cantonal et, si celle-ci forme l'objet d'un recours, de la nouvelle décision du Tribunal fédéral

- (vii) **Cas de figure 7.** Le tribunal cantonal a ordonné le retour, et la décision cantonale de retour est exécutée *séance tenante*, ou *presque*, en tout cas donc avant l'expiration du **délaï de recours, qui est de 10 jours.**

ATF 5A_623/2015 du 07.09.2015 cons. 2 s.) et où le TF a dû se prononcer sur la conformité d'un tel *modus procedendi* au droit fédéral, conformité en l'espèce admise (v. *infra*, n° 12).

4. L'exécution de la décision de retour entre en ligne de compte dans les Cas de figure 1 et 2. Dans les cas de figure 2 et 5, le retour n'est pas ordonné et il n'y a donc pas d'exécution. Dans les cas de figure 3 et 4, le retour pourra être ordonné ou ne pas l'être selon ce que décidera le tribunal cantonal, et en cas de nouveau recours devant lui, le Tribunal fédéral.

2. Quelques principes fixés par le Tribunal fédéral en matière de modalités d'exécution

5. De l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral se dégagent une **série de principes** dont les plus importants semblent être les suivants :

- (i) l'article 12 al. 2 LF-EEA prescrit que la détermination des modalités d'exécution **ne saurait être laissée à l'autorité d'exécution** – c'est-à-dire à l'autorité cantonale de protection de l'enfant nommée par chaque canton au sens de l'article 12 al. 1 LF-EEA, soutenue par les *organes de contrainte* – **mais elles doivent être fixées judiciairement.**
- (ii) Le **Tribunal cantonal en tant qu'instance de proximité** (« *sachnahe Instanz* ») est l'autorité naturellement mieux à même de fixer les modalités concrètes d'exécution, d'autant que cela nécessite la **prise de mesures organisationnelles et une coordination avec les parents, le curateur ou la curatrice et l'autorité cantonale d'exécution.**

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_229/2015 du 30.04.2015

« 7. Nach dem Gesagten ist die Rückführung von C._____ nach Mexiko anzuordnen. Die Mutter beantragt die Erteilung **eines entsprechenden Vollzugsauftrages** an das Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau als Vollzugsbehörde.

Die grundsätzlichen Modalitäten der Vollstreckung dürfen nicht einfach der Vollzugsbehörde überlassen werden; vielmehr sind sie durch das Gericht zu regeln (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE). Indes bedarf dies organisatorischer Vorkehrungen und einer Koordination mit den Eltern, dem Kindesvertreter und der kantonalen Vollzugsbehörde. Zumal das Bundesgericht nicht direkt auf deren Personal zugreifen kann, ist das **Obergericht als sachnahe Instanz mit der konkreten Regelung der Rückführung zu betrauen.** Bemerkt sei lediglich, dass nicht eine Rückführung durch die zuständige Stelle des Departementes im Vordergrund stehen muss. Wie sich aus den Akten ergibt, war im Zusammenhang mit der kantonalen Gerichtsverhandlung ein Ticket für den Rückflug des Kindes gemeinsam mit der Mutter gebucht. Eine solche Lösung könnte durchaus sinnvoll sein, zumal es keine Direktflüge zwischen der Schweiz und Mexiko gibt, **was eine Begleitung durch schweizerische Amtspersonen bis ins Zielland ebenso wie eine freiwillige Rückführung durch den Vater problematisch machen könnte».**

- (iii) L'article 12 al. 2 LF-EEA favorise d'abord le **retour volontaire**, si bien qu'**il convient en général de fixer un délai au parent ravisseur** pour qu'il se conforme spontanément à la décision.

Aucun reproche ne peut dès lors adressé à une décision cantonale qui ordonne à la mère de retourner l'enfant sous la menace d'une exécution forcée tout en lui fixant un délai pour le retour volontaire de l'enfant

Affaire helvético-allemande, ATF 5A_27/2011 du 21.02.2011.

« 8. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Mutter, das Dispositiv des angefochtenen Entscheides sei widersprüchlich, **indem sie einerseits zur Rückführung verpflichtet und ihr Zwang angedroht, gleichzeitig aber eine Frist für die freiwillige Rückführung des Kindes angesetzt werde. Das Ansetzen einer solchen Frist ist üblich und berücksichtigt, dass gemäss Art. 12 Abs. 2 BG-KKE auch im Vollstreckungsverfahren auf einen freiwilligen Vollzug hinzuwirken ist.** Im Übrigen hat das Obergericht detailliert den zwangsweisen Vollzug geregelt, wie dies in **Art. 11 Abs. 1 BG-KKE** vorgesehen ist».

Le Tribunal fédéral a, par conséquent, pu décider que prescrire immédiatement la remise de l'enfant au service de protection de l'enfant **sans fixer d'abord au parent ravisseur un délai pour le retour volontaire n'est, en général, pas conforme au droit fédéral.**

Affaire franco-suisse : ATF, 5A_637/2013, du 1^{er} octobre 2013

« 5.3.2 Dans l'hypothèse où, malgré l'obtention des garanties précitées, la recourante refuserait de retourner volontairement en France pour y prendre soin de son enfant dans le délai qui lui aura été précédemment fixé, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de déterminer si l'enfant pourrait être placée auprès de l'intimé jusqu'à la décision définitive sur l'attribution du droit de garde. En effet, même s'il a été d't précédemment que l'enfant en bas âge doit pouvoir rester auprès de sa mère, une séparation doit néanmoins avoir lieu et le retour être exécuté si la mère refuse d'acc'mplir ses devoirs parentaux au préjudice de son enfant et que le père est apte à en assumer la garde. **A cet égard, le chiffre II du dispositif de l'arrêt attaqué, qui donne ordre à la recourante de remettre l'enfant au SPJ dès la notification de la décision sous peine d'amende, sans préciser qu'un tel ordre ne doit être exécuté que si la recourante refuse de retourner avec son enfant en France** dans un certain délai et sans déterminer au préalable où l'enfant devrait alors être placée, **n'est pas conforme au droit fédéral.** Étant donné que l'impossibilité de placer l'enfant conformément à son intérêt constitue une exception à son retour, il appartient à l'autorité cantonale compétente de statuer sur ce point ; elle ne peut déléguer cette décision au SPJ, soit à l'autorité chargée uniquement de l'exécution du retour au sens de l'art. 12 LF-EEA ».

- (iv) Il se déduit de la décision rendue dans l'affaire helvético-mexicaine (*supra*, n° 5 (ii)) que le principe de l'implication *prioritaire* du parent ravisseur dans l'exécution du retour sous (ii) rencontre une exception lorsque le parent ravisseur **a fait, tout au long de la procédure, montre d'une attitude qui fait apparaître certain qu'il refuserait de coopérer à sa mise en œuvre** ou lorsqu'il a déjà fait savoir qu'il **refuserait de coopérer** ou bien lorsqu'il exposerait à un autre risque, y compris le risque d'un **nouvel enlèvement dans un troisième pays.**

Affaire helvético-mexicaine : 5A_429/2015, 22.6.2015 cons. 4.1 s

« 4.1.... Was sodann den konkreten Vollzug der Rückführung anbelangt, kann der Beschwerdeführer **angesichts seiner fundamentalen Verweigerungshaltung offensichtlich nicht in diesen eingebunden werden.** Insbesondere konnte die **in normalen Rückführungsfällen gängige Praxis, dem widerrechtlich verbringenden bzw. zurückhaltenden Elternteil eine Frist zur freiwilligen Rückführung anzusetzen, nicht zur Diskussion stehen.** Der Beschwerdeführer

bringt denn auch nicht vor, wie er sich bei der Rückführung hätte einbringen wollen».

Affaire helvético-autrichienne : 5A_440/2019, 2.7.2019, cons. 4

« 4. Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer eine Frist zur freiwilligen Rückführung gesetzt und das Bundesgericht pflegt dies normalerweise auch zu tun, wobei die Frist vorliegend zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung neu anzusetzen wäre.

Indes besteht angesichts der **konkreten heutigen Umstände** (unklare Arbeitssituation des Vaters; unklare Aufenthaltssituation, indem gemäss Aktennotiz des Obergerichts die Grossmutter väterlicherseits nach wie vor nicht gemeldet und der Ausländerausweis des Vaters abgelaufen ist; Hinterlegung einzig der slowakischen Pässe der Kinder, während angeblich keine mazedonischen Ausweispapiere bestehen sollen und den kantonalen Behörden die Herstellung eines Kontaktes mit der mazedonischen Botschaft bisher nicht gelungen ist) sowie **angesichts des bisherigen, ausgeprägt eigenmächtigen Verhaltens des Vaters** und schliesslich angesichts seiner Überzeugung, die Mutter habe keinerlei Rechte mehr auf die Kinder, **die konkrete Befürchtung, dass der Vater eine Frist zur freiwilligen Rückführung zu einem Untertauchen bzw. zu einem Absetzen nach Mazedonien nutzen könnte**, zumal für die eingeschulte ältere Tochter ab dem 6. Juli 2019 die Sommerferien beginnen. Es drängt sich aus diesen Gründen und überdies angesichts der vollständigen elterlichen Kommunikationsblockade auf, **eine behördenbegleitete Übergabe der Kinder in den Räumlichkeiten der kantonalen Vollzugsbehörde zu organisieren, wie die Mutter dies vernehmlassungsweise verlangt**, wobei entsprechend dem für diesen Fall gemachten Postulat der Kindesvertreterin vorab eine kinderpsychologisch begleitete Kontaktherstellung und Wiederannäherung insbesondere mit der älteren, der Mutter entfremdeten Tochter A. _____ stattzufinden hat (vgl. dazu die Ausführungen im parallelen Urteil 5A_339/2019 E. 4.5) ».

- (v) *Subsidiairement*, lorsque le *parent ravisseur* ne peut pas être impliqué dans l'exécution du retour (comme pour les deux affaires évoquées sous (iv), il y a lieu de **remettre l'enfant au parent requérant sur le territoire suisse**, notamment dans les locaux du service cantonal de protection en tant qu'autorité d'exécution, si cela est envisageable, compte tenu des circonstances.

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_229/2015 du 30.04.2015

«... **Bemerkt sei lediglich, dass nicht eine Rückführung durch die zuständige Stelle des Departementes im Vordergrund stehen muss**. Wie sich aus den Akten ergibt, war im Zusammenhang mit der kantonalen Gerichtsverhandlung ein Ticket für den **Rückflug des Kindes gemeinsam mit der Mutter gebucht**. Eine solche Lösung könnte durchaus sinnvoll sein, zumal es keine Direktflüge zwischen der Schweiz und Mexiko gibt, **was eine Begleitung durch schweizerische Amtspersonen bis ins Zielland ebenso wie eine freiwillige Rückführung durch den Vater problematisch machen könnte** ».

- (vi) *Plus subsidiairement encore*, au cas où le parent ravisseur ne peut ou veut pas s'exécuter volontairement et que la remise de l'enfant au parent requérant ne peut pas intervenir, **l'exécution a lieu moyennant le personnel spécialisé du service cantonal de protection en tant qu'autorité d'exécution, avec au besoin l'aide de la force publique**.

Les trois modes d'exécution qu'on a qualifié de *prioritaire, subsidiaire et sous-subsidiaire* sont **qualifiés de « Variante 1 », « Variante 2 » et « Variante 3 »** dans l'ATF 5A_537/2012

Affaire helvético-espagnole : ATF, 5A_537/2012, du 20 sept. 2012

« 7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen im Grundsatz abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Aus der Stellungnahme der Kindesvertreterin wird klar, dass die Mutter bzw. ihre neue Familie **nicht nach Spanien zurückkehren möchte**; wie gesagt macht aber sie selbst in ihrer Beschwerde keine dahingehenden Ausführungen, weshalb es nicht ausgeschlossen ist, dass **sie angesichts der mit dem vorliegenden Entscheid rechtskräftigen Rückführungsanordnung doch nach Spanien zurückkehren würde**. Deshalb scheint es, zumal aus den Akten keine konkreten Anhaltspunkte für ein unkontrolliertes Abtauchen der Beschwerdeführerin mit dem Kind ersichtlich sind, gerechtfertigt und *a maiore ad minorem* durch ihr Rechtsbegehren um Abweisung des Rückführungsgesuches abgedeckt, wenn ihr praxisgemäss vorerst eine Frist von 30 Tagen zur freiwilligen Rückführung des Kindes gegeben wird, womit die Erfordernisse des HKÜ ebenfalls erfüllt wären und womit sie gegebenenfalls auch bereits beim zuständigen Richter in Spanien vorsorgliche Massnahmen erwirken könnte. Immerhin hat sie für den Fall der freiwilligen Rückkehr den Vater, die Kindesvertreterin und das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, bei welchem der sich zur Zeit in den Verfahrensakten befindliche Reisepass des Kindes zu hinterlegen ist, mindestens drei Arbeitstage im Voraus über den genauen Reiseplan und die Art der Unterbringung des Kindes in Spanien zu orientieren. Am Vorabend oder Tag der Abreise kann der Reisepass des Kindes an die Mutter ausgehändigt werden. Lässt die Mutter **die Frist zur freiwilligen Rückführung (Variante 1) unbenutzt verstreichen**, ist das Kind entsprechend dem angefochtenen Entscheid in den **Räumlichkeiten des Jugendsekretariates C. dem Vater zu übergeben (Variante 2)**; subsidiär **ist die Rückführung durch das Amt für Jugend und Berufsberatung zwangsweise zu vollziehen (Variante 3)**. Aufgrund der nunmehr gewährten Frist zur freiwilligen Rückführung ist es nicht möglich und unter Umständen auch entbehrlich, einen neuen genauen Zeitpunkt für die Übergabe des Kindes in den Räumlichkeiten des Jugendsekretariates (Variante 2) gerichtlich festzulegen. Das Jugendsekretariat hat für den Fall, dass die Übergabe im diesem Rahmen stattfinden würde, auch keine Rückreise zu organisieren (Buchen von Flügen oder Zügen, etc.); vielmehr hätten die Parteien bei der betreffenden Vollzugsvariante das Jugendsekretariat über den Zeitpunkt zu orientieren und dieses würde die räumliche und personelle Infrastruktur für eine geordnete Übergabe des Kindes bereitstellen und dabei auch den Reisepass an den Vater aushändigen. Soweit diese zweite Rückführungsvariante ebenfalls scheitern sollte, hat wie gesagt das Amt für Jugend und Berufsberatung die Rückführung zwangsweise zu vollziehen ».

v. ég. **Affaire helvético-américaine : ATF 5A_154/2010 du 29.04.2010**

« 10. An der Sache vorbei geht das Vorbringen, gemäss Art. 11 BG-KKE sei ein jeder Entscheid über die Rückführung mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden: Das materielle Rückführungsurteil war noch vor Inkrafttreten des BG-KKE ergangen, weshalb es vorliegend ein selbständiges Vollstreckungsverfahren gibt. Das AJB ist die vom Kanton Zürich bezeichnete Vollzugsbehörde. **In Beachtung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE, wonach die Behörde das Kindeswohl berücksichtigt und auf einen freiwilligen Vollzug hinwirkt, hat sie der Mutter vorab eine letzte Frist gesetzt, um das Kind freiwillig in die USA zurückzubringen. Erst wenn dies nicht der Fall wäre, sollen kindgerechte Zwangsvollstreckungsmassnahmen greifen. Zu denken ist dabei an eine Übergabe an den Vater in der Schweiz oder am amerikanischen Einreiseflughafen (*port of entry*), wobei das Kind im letzteren Fall während des Fluges durch geeignete Begleitpersonen zu betreuen wäre ».**

- (vi) Si un délai pour le retour a été fixé par le tribunal cantonal, que la décision cantonale a fait l'objet d'un recours, que le Tribunal fédéral rejette le recours, **le délai doit – pratiquement toujours – être refixé. Dans la grande majorité des cas, c'est alors le Tribunal fédéral qui le fixe lui-même**. Sur le fondement d'un échantillon de décisions fédérales (v. la liste ci-dessous), le délai est alors fixé **entre 8 jours et 63 jours selon les circonstances** (distance, complexité, vacances scolaires, urgence, risque d'un nouvel enlèvement, etc.).

Affaire	Pays de retour	Date décision	Date du retour	Durée
5A_583/2009	Serbie	10.11.2009	15.12.2009	35 jours
5A_154/2010	Etats-Unis	29.04.2010	20 jours	20 jours
5A_27/2011	Allemagne	21.02.2011	6.3.2011	14 jours
5A_840/2011	Afrique S.	13.01.2012	29.2.2012	48 jours
5A_674/2011	Bulgarie	31.12.2011	21.10.2011	21 jours
5A_550/2012	Espagne	10.9.2012	31.10.2012	50 jours
5A_537/2012	Espagne	20.10.2012	60 jours	60 jours
5A_479/2012	Pologne	13.7.2012	15.8.2012	32 jours
5A_880/2013	Italie	16.01.2014	15.2.2014	30 jours
5A_799/2013	Ukraine	2.12.2013	renvoi au délai cantonal	
5A_504/2013	Norvège	5.8.2013	15.10.2013	70 jours
5A_807/2013	Royaume-Uni	28.11.2013	31.1.2014	63 jours
5A_930/2014	Bélarus	23.12.2014	22.02.2015	60 jours
5A_246/2014	Tchéquie	28.4.2014	15.5.2014	17 jours
5A_577/2014	Serbie	21.8.2014	14.9.2014	24 jours
5A_705/2014	France	15.10.2014	15.11.2014	30 jours
5A_584/2014	France	3.09.2014	15.10.2014	42 jours
5A_617/2015	Irlande du N.	24.9.2015	31.10.2015	38 jours
5A_936/2016	Royaume-Uni	30.01.2017	1.3 2017	30 jours
5A_513/2016	Espagne	12.08.2016	20.8.2016	8 jours
5A_827/2016	Pologne	30.11.2016	31.12.2016	30 jours
5A_305/2017	Italie	19.05.2017	19.6.2017	30 jours
5A_576/2018	Portugal	31.7.2018	20.8.2018	21 jours
5A_440/2019	Autriche	2.7.2019	12.7.2019	10 jours
5A_990/2019	France	21.01.2020	15.2.2020	25 jours
5A_551/2020	Australie	5.08.2020	31.8.2020	25 jours
5A_621/2022	Grèce	28.09.2022	12.10.2022	14 jours
5A_96/2022	Italie	21.03.2022	30.4.2022	40 jours

(vii) La plupart des décisions du Tribunal fédéral ne rendent pas compte des raisons qui ont mené à la fixation d'un tel délai, tenu semble-t-il implicitement pour *équitable*, et *adapté aux circonstances*. **Certaines décisions s'en expliquent cependant.**

- Dans une affaire helvético-nord-irlandaise, le Tribunal fédéral mentionne expressément la pertinence de « **tenir compte des vacances scolaires d'automne** ».

Affaire helvético-nord-irlandaise : 5A_617/2015 du 24.09.2015

4.1. Da quanto precede discende che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile. Atteso che al gravame è stato concesso l'effetto sospensivo in via supercautelare, **si giustifica fissare un nuovo termine per il rientro della minore. Tenuto conto delle vacanze scolastiche autunnali, il ritorno della minore in Irlanda del Nord dovrà quindi avvenire entro il 31 ottobre 2015.** Le misure di esecuzione previste nel giudizio impugnato dovranno essere corrispondentemente adattate.

- Dans une affaire helvético-portugaise, le Tribunal fédéral énonce que le délai a été déterminé « *de manière à permettre au père de **prendre les mesures organisationnelles nécessaires*** ».

Affaire helvético-portugaise : ATF 5A_576/2018, 31.9.2018

« Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bundesgerichtsurteile werden am Tag ihrer Ausfällung rechtskräftig (Art. 61 BGG). **Indes ist die vom Obergericht bis Ende Juli 2018 eingeräumte Frist für die freiwillige Rückgabe von C. _____ zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung bis zum 20. August 2018 zu verlängern. Damit wird der nötigen Organisationszeit für den Vater,**

einem allfälligen weiteren kurzen Zeitablauf bei zwangsweisem Vollzug, dem Schuljahresbeginn in Portugal per Mitte September und dem Bedürfnis des Kindes nach einer vorangehenden Phase des Wiedereinlebens Rechnung getragen... ».

- Dans une affaire helvético-espagnole, il est évoqué le besoin du parent ravisseur de « **retrouver un logement pour elle et l'enfant** ».

Affaire helvético-espagnole, ATF 5°_550/2012, 10.09.2012

« 5.1 Da quanto precede discende che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile.

La Carap è una convenzione internazionale. In linea di principio l'autorità chiamata a decidere in merito al ritorno del minore deve pertanto, in caso di accoglimento dell'istanza, ordinare il ritorno nell'altro Stato contraente. **Alla ricorrente va quindi ordinato di assicurare il ritorno del figlio in Spagna. Atteso che con decreto 30 luglio 2012 al ricorso è stato conferito l'effetto sospensivo in via supercautelare, occorre fissare un nuovo termine per il ritorno del minore. Nelle concrete circostanze (la ricorrente dovendo ritrovare un'abitazione per sé e per il figlio in Spagna) si giustifica fissare tale termine al 31 ottobre 2012 ».**

- Statuant sur deux affaires **franco-suisse**, le Tribunal fédéral invoque l'équité et, pour l'une d'elles, le besoin de « *lui donner suffisamment de temps pour les préparatifs nécessaires* ».

Affaire franco-suisse : 5A_584/2014 du 03.09.2014, cons. 8

« 8. La recourante requiert enfin l'annulation de l'arrêt entrepris au motif qu'il lui a été imparti un délai, depuis la connaissance de cette décision, de deux semaines pour retourner en France. Ce faisant, la recourante ne soulève – même implicitement – aucun grief à l'encontre du raisonnement de l'arrêt entrepris. La critique ne répond nullement à l'exigence de motivation posée par l'art. 42 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2), partant, elle est d'emblée irrecevable. **Cela étant, il convient de fixer un nouveau délai à la recourante pour retourner en France avec l'enfant ; celui-ci est fixé au 15 octobre 2014. Étant donné que la recourante a eu connaissance de son obligation de retourner en France depuis que le jugement attaqué lui a été communiqué, ce délai – fixé en équité – lui donne suffisamment de temps pour les préparatifs nécessaires ».**

Affaire franco-suisse : ATF 5A_705/2014, du 15.10.2014, cons. 5

« 5. Vu ce qui précède, le recours de A. _____ doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Attendu que, par ordonnance du 16 septembre 2014, l'effet suspensif a été conféré au recours à titre superprovisoire, il convient de fixer un nouveau délai pour le retour de l'enfant. En l'occurrence, **il se justifie de fixer ce délai, en équité,** au 15 novembre 2014 ».

- (vii) A une reprise au moins, le Tribunal fédéral rappelle qu'il **doit être renoncé à l'exécution de la décision de retour** lorsque sa mise en œuvre aboutirait à une **situation manifestement contraire au bien-être de l'enfant**. L'exécution était sollicitée **cinq ans** après la date de la décision.

Affaire helvético-allemande : ATF 5A_293/2010 du 22.06.2010

« Ungeachtet der formellen Rechtskraft des Rückführungsentscheides ist nicht zu übersehen, dass die Bejahung der Rückführungsvoraussetzungen insofern eine Momentaufnahme ist, als sich gerade **bei kleineren Kindern die tatsächliche Situation von Natur aus rasch ändern kann**. Jedenfalls **bei sehr grossem Zeitablauf** und vermutlich grundlegend veränderter Sachlage obliegt es deshalb dem Gesuchsteller, in groben Zügen die aktuelle Situation zu schildern und damit wenigstens in Umrissen die Kongruenz zwischen Vollstreckungstitel und

Vollstreckungsinhalt darzutun. Soweit er diesen Anforderungen im Vollstreckungsgesuch nicht nachkommt, **riskiert er, dass die Vollstreckungsbehörde unabhängig von einem allfälligen Abänderungsgesuch nach Art. 13 BG-KKE die Vollstreckung wegen Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl, das gemäss Art. 12 Abs. 2 BG-KKE auch im Vollstreckungsverfahren zu beachten ist, ablehnt: Diese Norm erlaubt den Vollstreckungsbehörden zwar nicht, den rechtskräftigen richterlichen Rückführungsentscheid abzuändern oder sonst wie in Frage zu stellen; sie haben aber den Vollzug zu unterlassen, wenn dieser nicht in einer mit dem Kindeswohl zu vereinbarenden Weise erfolgen kann.**

Vorliegend sind seit dem Rückführungsentscheid fünf Jahre vergangen und es ist nicht bekannt, was sich in der Zwischenzeit ereignet hat. Der Vater hat hierzu im kantonalen Vollstreckungsgesuch nicht die geringsten Angaben gemacht (Kontakte zu dem Kind, Bemühungen um Vollstreckung, etc.), sondern sich ausschliesslich darauf beschränkt, den Rückführungsentscheid vom 21. April 2005 vorzulegen und dessen Vollstreckung zu beantragen. Entsprechend den fehlenden Angaben im Vollstreckungsgesuch konnte das DVI auch keine richtigen Sachverhaltsfeststellungen treffen.

Würde das Kind ungeachtet der fehlenden Darlegung der Vollstreckungsvoraussetzungen im betreffenden Gesuch, mithin ohne näheren Kenntnis der aktuellen Situation zwangsweise zum weitgehend unbekanntem Vater geschafft, dessen Sorgerecht nach wie vor nicht geklärt ist, kann **eine Gefährdung des Kindeswohls überhaupt nicht abgeschätzt und ausgeschlossen werden.** Folglich kann dem **DVI keine falsche Anwendung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE vorgeworfen werden, wenn es die verlangten Zwangsvollstreckungsmassnahmen abgelehnt hat.** Entgegen dem Schreiben des Vaters vom 17. Mai 2010 ändert daran in der vorliegenden speziellen Situation auch nichts, **dass die Mutter kein Abänderungsverfahren gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE angestrengt hat,** zumal infolge des offenbar seit langem bestehenden Aufenthaltes oder gar Wohnsitzes in Deutschland die schweizerische Zuständigkeit für eine solche Abänderung in höchstem Grad zweifelhaft ist (vgl. E. 2).

3. Contrôle par le Tribunal fédéral en matière de *modalités d'exécution*

6. Le Tribunal fédéral a été appelé à **dix reprises au moins** à statuer sur un recours ayant pour objet également le volet de la décision du tribunal cantonal **qui concernait les modalités d'exécution.** Ce **nombre paraît faible et conduit à conjecturer qu'il en ainsi parce que les tribunaux cantonaux respectent le plus souvent les exigences se dégageant de l'article 12 LF-EEA.**

7. Constatons **trois cas de figure** : cas où la violation du droit fédéral par le tribunal cantonal ou par l'autorité cantonale d'exécution a été invoquée devant le Tribunal fédéral *et elle a été retenue* (3.1) ; cas où la violation du droit fédéral a été invoquée devant le Tribunal fédéral *et n'a pas été retenue* (3.2) ; cas où le Tribunal fédéral, en dehors de toute invocation de violation, prend la liberté d'apporter quelques précisions au volet « *exécution de retour* » de la décision cantonale (3.3).

3.1. Cas où une violation a été invoquée et retenue par le Tribunal fédéral

8. Dans une **seule affaire**, franco-suisse, le Tribunal fédéral admet le recours en ce que le tribunal cantonal avait **omis de prescrire les modalités d'exécution** à défaut de retour volontaire de la mère et saisit l'occasion pour préciser que l'ordre ne doit être mis en œuvre par les autorités d'exécution que si la recourante refuse de retourner dans un certain délai.

Affaire franco-suisse : ATF, 5A_637/2013, du 1^{er} octobre 2013

« 5. ...A cet égard, le **chiffre II du dispositif de l'arrêt attaqué, qui donne ordre à la recourante de remettre l'enfant au SPJ dès la notification de la décision sous peine**

d'amende, sans préciser qu'un tel ordre ne doit être exécuté que si la recourante refuse de retourner avec son enfant en France dans un certain délai et sans déterminer au préalable où l'enfant devrait alors être placée, **n'est pas conforme au droit fédéral**. Étant donné que l'impossibilité de placer l'enfant conformément à son intérêt constitue une exception à son retour, **il appartient à l'autorité cantonale compétente de statuer sur ce point ; elle ne peut déléguer cette décision au SPJ, soit à l'autorité chargée uniquement de l'exécution du retour au sens de l'art. 12 LF-EEA ».**

3.2. Cas où le recourant a invoqué une violation du droit fédéral devant le Tribunal fédéral qui ne l'a pas retenue

9. Il convient d'évoquer *sept affaires*.

- (i) Dans une première affaire, qui mettait en cause un enlèvement de l'Allemagne vers la Suisse, la mère reprochait entre autres choses à la décision cantonale d'être *contradictoire*, en ce qu'elle lui avait prescrit le retour et l'avait menacée du recours à la *force publique*, tout en lui fixant un délai pour le retour *volontaire*.

Loin de constater une contradiction, le Tribunal fédéral constate plutôt l'exacte application de l'article 12 al. 2 LF-EEA en ce qu'il prescrit d'abord de **rechercher un retour volontaire**.

Affaire helvético-allemande, ATF 5A_27/2011 du 21.02.2011.

« 8. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Mutter, das Dispositiv des angefochtenen Entscheides sei widersprüchlich, **indem sie einerseits zur Rückführung verpflichtet und ihr Zwang angedroht, gleichzeitig aber eine Frist für die freiwillige Rückführung des Kindes angesetzt werde. Das Ansetzen einer solchen Frist ist üblich und berücksichtigt, dass gemäss Art. 12 Abs. 2 BG-KKE auch im Vollstreckungsverfahren auf einen freiwilligen Vollzug hinzuwirken ist. Im Übrigen hat das Obergericht detailliert den zwangsweisen Vollzug geregelt, wie dies in Art. 11 Abs. 1 BG-KKE vorgesehen ist**».

- (ii) Dans une affaire **helvético-norvégienne**, la mère, qui avait retenu la fille au Tessin sans y être autorisée par le père, invoquait la violation du droit fédéral **en ce qu'un curateur de la fille n'avait pas été nommé « pour les aspects se rapportant au rapatriement** ». Le Tribunal fédéral n'y a pas vu de violation du droit fédéral au motif que « *la nécessité de représenter l'enfant dans la phase d'exécution de la décision de retour ne serait pas perceptible et la mère n'est pas parvenue à la justifier* ».

Affaire helvético-norvégienne : ATF 5A_504/2013 du 05.08.2013

« 4. In via subordinata, qualora l'ordine di ritorno della minore fosse confermato, la ricorrente chiede di riformare la sentenza impugnata nel senso di aggiungere alle misure di esecuzione previste al dispositivo n. 2 **la nomina di un curatore per rappresentare la figlia negli "aspetti connessi con l'esecuzione del rimpatrio", nomina che a suo dire già la Corte cantonale avrebbe dovuto prevedere. Non è tuttavia ravvisabile, né la ricorrente riesce a giustificare, l'esigenza di rappresentare la minore nella fase di esecuzione della decisione di ritorno.** La doglianza va pertanto respinta ».

- (iii) Dans une autre affaire **helvético-allemande**, le père avait retenu l'enfant à Schaffhouse et ce contrairement à une décision norvégienne qui avait prescrit à l'enfant de vivre auprès de la mère, qui était entretemps rentrée en Allemagne, et contrairement à une décision allemande de l'*Amtsgericht* territorialement compétent, qui avait rejeté la requête en modification de la décision norvégienne. L'enfant souffrait de *dyslexie* et *dyscalculie*. Le Tribunal cantonal de Zurich avait rendu une décision ordonnant le retour et après avoir (i) constaté qu'il était **urgent** de

permettre à l'enfant de rentrer en Allemagne chez sa mère, parent de référence, (ii) constaté que l'enfant était apte au voyage (d'une durée de *deux* heures, en voiture semble-t-il), (iii) **recueilli l'avis favorable de la curatrice** et, enfin, (iv) permis au père de dire au revoir à l'enfant, avait, le jours même de la lecture de la décision, remis l'enfant à la mère, qui, accompagnée du grand-père paternel, était rentrée en Allemagne, où l'enfant avait sa résidence habituelle et où l'*Amtsgericht* pouvait prendre d'éventuelles mesures de protection. Le père a formé un recours en attaquant le *modus procedendi* du tribunal cantonal.

Le Tribunal fédéral commence par déclarer **irrecevable le recours** en prenant appui sur l'article 76 LTF dont voici pour mémoire le texte :

Art. 76 – Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière civile quiconque : a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ; et b. est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification »

Voici la manière dont Mon-Repos motive l'irrecevabilité :

Affaire helvético-allemande : ATF 5A_623/2015 du 07.09.2015

« Das Beschwerderecht ist indes daran geknüpft, dass der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides hat (Art. 76 Abs. 1 lit. B BGG). **Ein solches besteht grundsätzlich nur dann, wenn im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Entscheides nach wie vor ein aktuelles und praktisches Interesse an der Gutheissung der Beschwerde besteht** (BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 140 III 92 E. 1.1 S. 93 f.). Vorliegend fragt sich, ob ein solches Interesse noch gegeben ist, **weil C. am 7. August 2015 nach Deutschland an seinen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort zurückgekehrt ist, wo im Übrigen das materielle Sorgerechtsverfahren läuft.**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 76 Abs. 1 lit. B BGG erschöpft sich das schutzwürdige Interesse nicht darin, dass einzelnen Begehren nicht oder nicht voll entsprochen wurde; **erforderlich ist vielmehr, dass der Entscheid über die Beschwerde geeignet ist, dem Beschwerdeführer den angestrebten Erfolg zu verschaffen** (BGE 114 II 189 E. 2 S. 190; 127 III 41 E. 2b S. 42). Dies ist ausgeschlossen, wenn den schweizerischen Gerichten die internationale Zuständigkeit dafür fehlt, bei Gutheissung der Beschwerde die Rückführung eines Kindes, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, in die Schweiz anzuordnen (Urteil 5A_210/2014 vom 19. Juni 2014 E. 2).

A. hatte vor seinem Zurückhalten – er ist offenbar selbst in die Schweiz gereist, so dass nicht ein Verbringen, sondern die Variante des Zurückhaltens im Sinn von Art. 3 HKÜ vorliegt – durch den Vater in der Schweiz, wodurch das auch der Mutter zustehende Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrecht widerrechtlich verletzt wurde (Art. 3 und 5 HKÜ; vgl. im Übrigen zu den Rückführungsvoraussetzungen die Ausführungen im angefochtenen Urteil, S. 13 f.), seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in U.. Folglich waren die deutschen Behörden gestützt auf das Haager Kindesschutzübereinkommen (HksÜ, SR 0.211.231.011) nicht nur vor der Einreise des Kindes in die Schweiz (vgl. Art. 5 Abs. 1 HksÜ), **sondern auch nach dem widerrechtlichen Zurückhalten in der Schweiz für das materielle Sorgerechtsverfahren ausschliesslich zuständig** (vgl. Art. 7 HksÜ). Die schweizerischen Gerichte sind mithin in keinem Zeitpunkt für materielle Belange zuständig gewesen und C. konnte in der Schweiz nie gewöhnlichen Aufenthalt im Rechtssinn begründen, weshalb keine gesetzliche Grundlage bestünde, um den nach Deutschland zurückgekehrten C. bei einem gutheissenden Beschwerdeentscheid in die Schweiz zurückzuholen. **Daher fehlt nach dem Gesagten ein schützenswertes Interesse an der Behandlung der Beschwerde...**

Nach dem Gesagten ist **kein schützenswertes Interesse im Sinn von Art. 76 Abs. 1 lit. B BGG an einem Beschwerdeentscheid gegeben**. Rechtsfolge ist, dass auf die

Beschwerde nicht eingetreten werden kann (BGE 137 I 23 E. 1.3.1 S. 24; 139 I 206 E. 1.1 S. 208) ».

Le Tribunal fédéral prend tout de même soin de vérifier que, même à le supposer *recevable*, le **recours devrait être rejeté**.

Affaire helvético-allemande : ATF 5A_623/2015 du 07.09.2015

« Nur mit kurzen Worten sei festgehalten, dass der Beschwerde ohnehin auch in der Sache kein Erfolg hätte beschieden sein können.

Von vornherein nicht mit Beschwerde in Zivilsachen vorgebracht werden könnte die Pauschalkritik an den schweizerischen und ausländischen Behörden sowie der Vorwurf, mit dem konkreten Vorgehen hätten diese Straftaten begangen; abgesehen davon, dass die Vorwürfe haltlos sind, hätte die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes weder eine disziplinarische Aufsicht über die betreffenden Behörden noch irgendwelche strafrechtlichen Kompetenzen.

Soweit der Vater sachverhaltsmässige und inhaltliche Kritik **am angefochtenen Urteil vom 6. August 2015 und Beschluss vom 7. August 2015** übt, ist festzuhalten, **dass das Obergericht den Sachverhalt umfassend abgeklärt, insbesondere ausführlich das Kind** (7 Seiten sinngemässe Zusammenfassung Anhörung C.) **und die Parteien** (23 Seiten Wortprotokoll Anhörung Mutter; 35 Seiten Wortprotokoll Anhörung Vater) angehört und sich intensiv mit dem breit angelegten Sorgerechtsverfahren von U. auseinandergesetzt hat (vgl. Urteil, S. 15 und 16 sowie 18 und 19). **Sodann hat es in seinem 25-seitigen Entscheid die Rückführungsvoraussetzungen wie auch die Ausschlussgründe eingehend geprüft und korrekt dargestellt.** Eine Verletzung von Bundesrecht ist nicht ansatzweise ersichtlich; insbesondere hat das Obergericht entgegen der Behauptung des Vaters weder an der Thematik vorbei entschieden noch die Dyslexie und Dyskalkulie, an welcher C. leidet und die zu behandeln ist, unbeachtet gelassen.

Soweit **der Vater die Umstände des Vollzuges der Rückführung in Frage stellt**, ist Folgendes festzuhalten: Wie aus dem Rückführungsurteil, in welchem auf die eigenen Wahrnehmungen des Gerichtes und auf die (umfassend protokollierten) Aussagen der Beiständin verwiesen wird, hervorgeht, **ist C. zwischen den Elternteilen buchstäblich zerrissen** (vgl. Urteil, S. 9) und steht er unter enormem Druck, welcher sich insbesondere aus der ausgeprägten väterlichen Dominanz ergibt, mit welcher C. überfordert ist (vgl. Urteil, S. 11), was auch bei der gerichtlichen Anhörung und bei den Aussagen von C. gegenüber der Beiständin zum Ausdruck kam (vgl. Urteil, S. 21). Die ungewöhnliche Dominanz des Vaters und die schädliche Druckausübung auf den Sohn erachtete das Obergericht u.a. auch aufgrund des unangemessenen väterlichen Verhaltens bei der Anhörung von C. durch das Gericht in U. (dazu Urteil, S. 11 f.) und bei den vom Obergericht organisierten Besuchen der Mutter (dazu Urteil, S. 12) als erstellt. Vor diesem Hintergrund versties die Übergabe von C. an die Mutter am 7. August 2015 weder in formeller Hinsicht – **zum einen war das Obergericht nicht nur befugt, sondern verpflichtet, den Vollzug der Rückführung zu regeln (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE)** und zum anderen sind die Vollzugsanordnungen grundsätzlich sofort umsetzbar, weil der Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 Abs. 1 BGG) – noch von der Sache her gegen Bundesrecht, **war es doch im Kindesinteresse, den für C. geradezu lähmenden Loyalitätskonflikt nicht länger andauern zu lassen**. Solange der Elternkonflikt – um die Worte des Obergerichtes zu verwenden (vgl. Urteil, S. 11) – für C. derart dominierend ist und sein Leben bestimmt, wird er kaum in der Lage sein, sich auf das, was ihn angeht und was er zu üben und zu lernen hat, einzulassen (**Überwindung der Dyslexie und Dyskalkulie**). **Angesichts der klar erstellten Rückführungssituation war ein Andauern der für den fragilen C. kaum tragbaren Ungewissheit nicht zumutbar und seine umgehende Rückkehr in Begleitung der Mutter und des Grossvaters in seinem besten Interesse, mithin auch im Sinn von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE.** »

Cette décision a pu être critiquée.

(a) Le Professeur Bucher a évoqué

«... la pratique zurichoise qui vise à empêcher un recours au Tribunal fédéral, étant donné que celui-ci le jugera irrecevable, suivant une jurisprudence récente dont la **caractère choquant** n'a encore guère été remarqué » (RSDIE, 2016, p. 453).

(b) Me Jonas Schweighauser a pu lui aussi exprimer ses réserves :

« Gemäss Zürcher Praxis werden Rückführungsentscheide gemäss HkÜ am **gleichen Tag vollstreckt** wie sie ausgesprochen werden, d.h. die Kinder werden gleichentags ins Ursprungsland zurückgeschickt. Diese Praxis führt dazu, da *de facto* kein Rechtsmittel gegen den Rückführungsentscheid mangels internationaler Zuständigkeit gegeben ist, obwohl ein solches im nationalen Recht vorgesehen ist: Da das Kind im Stadium des Rechtsmittelverfahrens bereits wieder im Ausland ist und das Ausland materiell für die Kinderbelange zuständig ist, **bestünde keine Möglichkeit, einen schweizerischen Entscheid, welcher den Rückführungsentscheid aufheben würde, zu vollstrecken.**

Das BG-KKE schreibt dem kantonalen Gericht zudem vor, dass der materielle Rückführungsentscheid zudem mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden sei. Damit soll jedoch lediglich verhindert werden, dass anschliessend an das materielle Rückführungsverfahren ein separates Vollstreckungsverfahren über zahlreiche Instanzen, allfällig noch in anderen Kantonen, geführt werden muss. Die *ratio legis* dieser Bestimmung liegt sicherlich nicht darin, **dem einen Elternteil und dem Kind das Rechtsmittelrecht durch unmittelbare Vollstreckung zu entziehen.**

Ebenso wenig gebieten es Kindeswohlüberlegungen, den Entscheid sofort zu vollstrecken: Ob ein Kind – soweit ein Rechtsmittel überhaupt noch ergriffen und diesem aufschiebende Wirkung zuerkannt wird – **einige wenige Wochen länger in der Schweiz bleibt, spielt aus Kindeswohlüberlegungen wohl keine entscheidende Rolle.** Im Gegenteil: zu denken ist an Fälle, wo das Kind bereits in der Schweiz eingeschult ist.

Es erscheint doch äusserst fragwürdig, dass ein erstinstanzlicher Entscheider mittels geeigneter Vollstreckungsanordnung seinen Entscheid **quasi unanfechtbar machen kann** » (Nr. 13 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 7. September 2015 i.S. A. gegen B., C. – 5A_623/2015, FamPra.ch 2016 p. 313 ss, 31).

Le point que soulève cette affaire nous **paraît en effet délicat.**

1. Le Professeur Bucher (RSDIE, 2016, p. 453, note 5) cite un autre arrêt, 5A_210/2014, rendu dans une autre affaire helvético-allemande, qui ne concerne cependant pas un *enlèvement d'enfant*.
2. Dans l'affaire helvético-allemande qui a donné lieu à l'ATF 5A_623/2015, il semble que la décision au sujet d'une mise en œuvre immédiate du retour **avait été prise sur le fondement d'une analyse de l'intérêt de cet enfant.**

V. la conclusion tirée par le Tribunal fédéral à la suite d'une analyse détaillée:
« **war es doch im Kindesinteresse, den für C. geradezu lähmenden Loyalitätskonflikt nicht länger andauern zu lassen** ».

3. L'article 5 de la Convention de La Haye de 1996 est assez souvent interprété et mis en œuvre dans ce sens que si le tribunal compétent de l'État de la *résidence habituelle* de l'enfant prononce une **décision urgente** qui implique le déplacement de l'enfant vers un autre État contractant, et qu'un tel déplacement crée une nouvelle résidence habituelle pour l'enfant, les **autorités de l'État de la nouvelle résidence sont compétentes** dès que la nouvelle résidence habituelle de l'enfant s'y crée. Il s'ensuit que la **Cour d'appel de l'État qui a prononcé la décision urgente autorisant le déplacement,**

saisie d'un appel à l'encontre d'une telle, n'est plus compétente à connaître de cet appel.

On se permettra de citer une **affaire franco-helvético-croate où nous avons été consultés en tant qu'expert**. Le fils d'un couple **franco-helvético-croate** qui a divorcé depuis quelques années vit avec la mère à Paris alors que le père vit en Suisse – dans le Canton de Genève – et détient des droits de visite. Au cours d'une dispute entre la mère et le fils, le fils se renferme dans la salle de bains de leur appartement de Neuilly-sur-Seine menaçant de se suicider si le père ne vient pas le chercher. Par un **ordre immédiatement exécutoire par provision**, le juge des référés compétent territorialement – le juge de référés auprès du TGI de Versailles –, saisi par le père, prescrit en toute urgence **la remise immédiate de l'enfant au père**, qui a lieu le **même jour**, en l'autorisant à emmener l'enfant en Suisse et à l'inscrire à une école genevoise jusqu'à la fin de l'année scolaire. La mère interjette appel de la décision du juge des référés devant la Cour de Versailles. Le père saisit entre-temps le juge de Genève d'une requête visant à lui confier la garde fondée sur l'article 5 ConLH 96 au motif que la résidence habituelle licite de l'enfant se trouverait désormais en Suisse. Le tribunal genevois se déclare compétent. Après avoir constaté que la résidence habituelle de l'enfant se trouve désormais en Suisse, la Cour de Versailles se déclare **incompétente pour connaître de l'appel interjeté contre la décision du TGI de Versailles du fait que la compétence revient désormais des autorités suisses.**

4. L'article **27 al. 6 du Règlement dit Bruxelles II-ter**, entré en application le 1^{er} août 2022 sur le territoire des États de l'Union européenne, **semble bien entériner un tel principe en ce qu'il énonce que**

« Une décision ordonnant le retour de l'enfant peut être déclarée exécutoire par provision, nonobstant un éventuel recours, lorsque le retour de l'enfant, est requis dans l'intérêt supérieur de l'enfant, avant que la décision sur le recours ne soit rendue ».

5. Deux récentes décisions de la CEDH rendues à la suite de deux requêtes contre la Suisse – **affaire Roth c. Suisse, arrêt du 8 février 2022, n° 69444/17, et Plazzi c. Suisse, arrêt également du 8 février 2022, n° 44101/18** – **ont jugé que le parent doit avoir la possibilité de s'adresser à un tribunal** avant que le retrait de l'effet suspensif n'entre en vigueur et il doit être rendu attentif à la procédure à suivre : les deux arrêts de la CEDH ont pour objet respectivement l'ATF 143 III 193 ss et l'ATF 12.3.2018, 5A_948/2017.

L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) du Canton de Berne – qui, dans Canton de Berne, est une *autorité administrative*, contrairement à ce qui se passe dans d'autres Cantons, Genève par exemple, où l'APEA est une *autorité judiciaire* : Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, TPAE – avait autorisé le transfert de la résidence habituelle des enfants des requérants – qui étaient, dans les deux cas, les pères – à l'étranger et avait décidé de l'absence d'effet suspensif d'un éventuel recours. La décision de l'APEA étant immédiatement exécutoire, dans l'affaire *Plazzi*, l'enfant du requérant V.R. avait déménagé avec sa mère D.R. vers la **Principauté de Monaco** le jour même de la notification de la décision. Dans l'affaire *Roth*, l'enfant du requérant L.L. avait déménagé avec sa mère F.L. en **Allemagne** dans les jours qui suivirent la décision.

Les requérants **s'étaient plaints devant la CEDH de ne pas avoir pu s'opposer, devant un tribunal national**, notamment devant la **Cour supérieure du Canton de Berne, à la décision de l'APEA**, autorité administrative. Car à la suite du déménagement des mères et des enfants, les juridictions suisses **s'étaient déclarées incompetentes** pour traiter du recours des requérants au fond et décider du rétablissement de l'effet

suspensif, car les transferts du domicile des enfants à l'étranger ont entraîné le transfert de la compétence internationale à ces États.

La CEDH a conclu que

- (i) « les **requérants n'ont pas pu avoir accès à un tribunal national**, avant le départ à l'étranger des enfants avec leurs mères, pour **contester** la décision de l'autorité administrative 'APEA' au fond et demander le rétablissement de l'effet suspensif ».
- (ii) « Le droit d'accès à un tribunal était atteint dans sa substance même par les décisions de l'APEA de retirer l'effet suspensif du recours des requérants, suivi du départ à l'étranger des enfants avec leurs mères, qui a entraîné l'incompétence des tribunaux suisses à travers le transfert de la compétence internationale vers les pays de destination respectifs ».
- (iii) « Cette limitation était disproportionnée au but poursuivi, à savoir la protection des droits et libertés de la mère et de l'enfant du requérant, au regard de l'importance pour les requérants des questions soulevées par la procédure litigieuse ».

Il est permis de penser que, si un tribunal cantonal, qui, contrairement à l'APEA bernoise, est **une autorité judiciaire, et même l'autorité judiciaire supérieure du Canton**, décide qu'il faille exécuter en urgence la décision de retour qu'il prononce, et **qu'une telle urgence est justifiée**, notamment compte tenu de l'intérêt de l'enfant, la CEDH ne discernerait pas de violation du droit d'accès au tribunal inscrit à l'article 8 ConvEDH. Mais il est vrai qu'on pourrait longuement *spéculer* de cette question.

6. Dans une toute récente décision, du 5 avril 2023, le Tribunal fédéral a réaffirmé la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant de l'exécution immédiate de l'ordre de retour dans des circonstances où l'urgence d'y procéder est avérée :

Affaire **helvético-croate**, ATF 5A_271/2023, 5 avril 2023, cons. 2 :

« Das Zürcher Obergericht ordnet, wie dem Bundesgericht bekannt ist, in klaren und begründeten Rückführungsfällen den sofortigen Vollzug an. Diese Praxis wird seitens des Bundesgerichtes vom Grundsatz her geschützt und ist mit dem BG-KKE vereinbar (Urteil 5A_623/2015 vom 7. September 2015 E. 2 in fine). Das Obergericht hat den sofortigen Vollzug seines Urteils ausführlich begründet. Die Kinder sind einem ausserordentlich schweren Loyalitätskonflikt ausgesetzt und werden bzw. wurden von der Mutter stark indoktriniert. **Eine weitere Ungewissheit und Platzierung ist mit dem übergeordneten Kindeswohl kaum vereinbar und der sofortige Vollzug deshalb im Sinn von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE** ».

- (iii) Dans l'affaire **helvético-mexicaine**, qui a donné lieu à trois décisions du Tribunal fédéral, le père avait **invoqué deux violations du droit d'être entendu** : d'une part, le tribunal cantonal d'Argovie ne l'avait pas impliqué dans l'exécution du retour de l'enfant, d'autre part, il n'avait pas évalué de sa propre initiative l'aptitude de l'enfant au voyage (« *Reisefähigkeit* »). Sur les deux points, le Tribunal fédéral confirme la décision du tribunal cantonal au motif, d'une part, que le manque de coopération dont le père avait pu faire preuve jusque-là avait conduit le tribunal cantonal, qui n'était donc pas tombé dans l'arbitraire, à exclure qu'il coopérerait à la mise en œuvre du retour et à estimer qu'il allait au contraire essayer de l'empêcher et, d'autre part, que l'aptitude au voyage de l'enfant pouvait être considérée comme établie.

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_429/2015 du 22.06.2015

« 4.1. Zum einen bezieht sich die Gehörsrüge auf die Erwägung im angefochtenen Entscheid, aufgrund der bisherigen unmissverständlichen Weigerungshaltung des Vaters und der sich daraus ergebenden Gefahr der Kooperationsverweigerung **würden die Vorbereitungen der Rückführungsmodalitäten ohne seinen Einbezug stattfinden**; sein bisheriges Verhalten schliesse namentlich eine freiwillige und durch ihn begleitete Rückführung der Tochter aus.

In diesem Zusammenhang ist keine Gehörsverletzung ersichtlich. Der Beschwerdeführer konnte sich sowohl vor Obergericht als auch vor Bundesgericht umfassend äussern. **Gegenstand der betreffenden Verfahren war insbesondere auch der Vollzug, weil dieser direkt im Rückführungsentscheid zu regeln ist** (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE...

Was sodann den konkreten Vollzug der Rückführung anbelangt, kann der Beschwerdeführer **angesichts seiner fundamentalen Verweigerungshaltung offensichtlich nicht in diesen eingebunden werden**. Insbesondere konnte die **in normalen Rückführungsfällen gängige Praxis, dem widerrechtlich verbringenden bzw. zurückhaltenden Elternteil eine Frist zur freiwilligen Rückführung anzusetzen, nicht zur Diskussion stehen**. Der Beschwerdeführer bringt denn auch nicht vor, wie er sich bei der Rückführung hätte einbringen wollen.

4.2. Zum anderen bezieht sich die Gehörsrüge des Beschwerdeführers auf die **Reisefähigkeit von C.**

Was die am 6. Juni 2015 zuhanden des Obergerichts der Post übergebene Eingabe des Beschwerdeführers anbelangt, konnte diese im Entscheid vom 6. Juni 2015 naturgemäss keinen Eingang finden; insofern liegt im angefochtenen Entscheid keine Gehörsverletzung begründet.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Obergericht **hätte die Reisefähigkeit von C. _____ von Amtes wegen abklären müssen**, ist nicht ersichtlich, welcher Teilgehalt des rechtlichen Gehörs betroffen sein soll. Auch wenn im vorliegenden Fall zu erwarten war, dass der Beschwerdeführer versuchen würde, den Vollzug der Rückführung zu hintertreiben, **fliesst aus dem rechtlichen Gehör keine Pflicht, die Reisefähigkeit des Kindes im Zusammenhang mit der Regelung der Vollzugsmodalitäten ex officio gutachterlich abzuklären**. Ebenso wenig lässt sich dies aus dem Hinweis in E. 7 des bundesgerichtlichen Entscheides vom 30. April 2015 ableiten, wonach unvorhersehbaren objektiven neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen wäre. Nicht Gegenstand des vorliegend angefochtenen Entscheides ist, dass das Obergericht zufolge der im Nachgang eingetretenen neuen Sachverhaltselemente schliesslich mit späteren Verfügungen und Entscheiden entsprechende Abklärungen angeordnet hat....

Soweit eine Suizidalität und Reiseunfähigkeit des Kindes und in diesem Zusammenhang eine schwerwiegende Schädigung behauptet wird, stützt sich der Beschwerdeführer **auf neu eingetretene Sachverhaltselemente**, welche wie gesagt im angefochtenen Entscheid keinen Eingang finden konnten und entsprechend auch nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden können (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG). Gleiches gilt für das Strafverfahren, welches der Beschwerdeführer offenbar gegen die Beschwerdegegnerin in Mexiko eingeleitet hat oder einleiten will, weil sie sich angeblich Zugang zu seinem Mailaccount verschafft hat, sowie die daran anknüpfende Behauptung, sie werde deshalb bei ihrer Rückkehr sofort in Haft gesetzt und die Rückführung des Kindes sei folglich unzumutbar...».

Le père allait par la suite **former une demande de modification de la décision fondée sur l'article 13 LF-EEA** en prenant appui sur une expertise psychiatrique ultérieure qui mettait en lumière le risque d'un danger physique ou psychique susceptible de résulter de la mise à exécution de la décision de retour. La suite de cette procédure est analysée **sou' l'article 13 LF-EEA** (v. *infra*, ad art. 13 LF-EEA).

- (v) Dans une affaire **helvético-argentino-allemande**, l'exécution de la décision de retour de la Suisse vers l'Argentine, qui avait été rendue en 2005 et n'avait pas fait l'objet d'un recours – la mère et la fille ayant entre-temps vécu en Allemagne – avait été sollicitée par le père en 2010, **cinq ans après avoir été rendue**, lorsque la fille se trouvait chez les grand-parents en Argovie. L'autorité cantonale d'exécution – le *Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aarg-u* – s'était refusée de la mettre en œuvre **en estimant qu'une exécution serait, compte tenu des circonstances, manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant**. Le père avait alors invoqué une violation du droit fédéral, et notamment de l'article 12 al. 2 LF-EEA. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de l'autorité d'exécution qui avait renoncé à l'exécution au motif que l'article 12 al. 2 LF-EEA, s'il ne permet certes pas aux autorité d'exécution de modifier ou de remettre en question de quelque manière que ce soit la décision judiciaire de retour entrée en force, leur prescrit de s'abstenir **d'exécuter la décision si celle-ci ne peut pas être exécuté' d'une manière compatible avec l'intérêt d' l'enfant** ».

Affaire helvético-argentino-allemande : AT° 5A_293/2010

« Ungeachtet der formellen Rechtskraft des Rückführungsentscheides ist nicht zu übersehen, dass die Bejahung der Rückführungsvoraussetzungen insofern eine Momentaufnahme ist, als sich gerade **bei kleineren Kindern die tatsächliche Situation von Natur aus rasch ändern kann**. Jedenfalls **bei sehr grossem Zeitablauf** und vermutlich grundlegend veränderter Sachlage obliegt es deshalb dem Gesuchsteller, in groben Zügen die aktuelle Situation zu schildern und damit wenigstens in Umrissen die Kongruenz zwischen Vollstreckungstitel und Vollstreckungsinhalt darzutun. Soweit er diesen Anforderungen im Vollstreckungsgesuch nicht nachkommt, **riskiert er, dass die Vollstreckungsbehörde unabhängig von einem allfälligen Abänderungsgesuch nach Art. 13 BG-KKE die Vollstreckung wegen Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl, das gemäss Art. 12 Abs. 2 BG-KKE auch im Vollstreckungsverfahren zu beachten ist, ablehnt: Diese Norm erlaubt den Vollstreckungsbehörden zwar nicht, den rechtskräftigen richterlichen Rückführungsentscheid abzuändern oder sonst wie in Frage zu stellen; sie haben aber den Vollzug zu unterlassen, wenn dieser nicht in einer mit dem Kindeswohl zu vereinbarenden Weise erfolgen kann.**

Vorliegend sind seit dem Rückführungsentscheid fünf Jahre vergangen und es ist nicht bekannt, was sich in der Zwischenzeit ereignet hat. Der Vater hat hierzu im kantonalen Vollstreckungsgesuch **nicht die geringsten Angaben gemacht** (Kontakte zu dem Kind, Bemühungen um Vollstreckung, etc.), sondern sich ausschliesslich darauf beschränkt, den Rückführungsentscheid vom 21. April 2005 vorzulegen und dessen Vollstreckung zu beantragen. Entsprechend den fehlenden Angaben im Vollstreckungsgesuch konnte das DVI auch keine richtigen Sachverhaltsfeststellungen treffen.

Würde das Kind ungeachtet der fehlenden Darlegung der Vollstreckungsvoraussetzungen im betreffenden Gesuch, mithin ohne näheren Kenntnis der aktuellen Situation zwangsweise zum weitgehend unbekanntem Vater geschafft, dessen Sorgerecht nach wie vor nicht geklärt ist, kann **eine Gefährdung des Kindeswohls überhaupt nicht abgeschätzt und ausgeschlossen werden**. Folglich kann dem **DVI keine falsche Anwendung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE vorgeworfen werden, wenn es die verlangten Zwangsvollstreckungsmassnahmen abgelehnt hat.** Entgegen dem Schreiben des Vaters vom 17. Mai 2010 ändert daran in der vorliegenden speziellen Situation auch nichts, **dass die Mutter kein Abänderungsverfahren gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE angestrengt hat**, zumal infolge des offenbar seit langem bestehenden Aufenthaltes oder gar Wohnsitzes in Deutschland die schweizerische Zuständigkeit für eine solche Abänderung in höchstem Grad zweifelhaft ist (vgl. E. 2) ».

(vi) Il y a lieu de mentionner ici deux importantes **affaires helvético-américaines** qui ont donné lieu à deux décisions du Tribunal fédéral, de 2009 et 2010. Les décisions attaquées devant celui-ci avaient cependant, dans ces deux affaires, été prononcées par **l'autorité compétente pour l'exécution** dans le cadre d'une procédure d'exécution **et non pas par le tribunal cantonal**. Celui-ci avait prononcé la décision de rapatriement **avant le 1^{er} juillet 2009**, c'est-à-dire avant entrée en vigueur de la LF-EEA et, par conséquent, avant que l'article 11 de celle-ci ne confie au tribunal compétent sur le fond la tâche d'assortir l'ordre de retour de mesures d'exécution.

- (a) Le *premier* recours avait été formé par le *parent requérant* – le père – à l'encontre de la décision de l'autorité zurichoise d'exécution qui avait constaté que les conditions pour l'exécution fixée par la décision du tribunal cantonal – qui avait prescrit le retour **mais à certaines conditions seulement** – **n'étaient pas toutes remplies si bien que le retour ne pouvait pas être exécuté**. Le Tribunal fédéral rejette le recours au motif que « *dans sa décision du 25 septembre 2009' l'Office de la jeunesse [= autorité d'exécution' n'a ni violé le droit ni procédé à une constatation arbitraire des faits lor'qu'il a estimé que les conditions fixées dans le jugement de retour du 16 avril 200' n'étaient pas (toutes) remplies* ». La condition qui n'était pas remplie consistait en l'espèce en l'assurance – qui ne ressortait pas suffisamment des déclarations des autorités américaines : Autorité centrale et *Department of State* – que la mère, non seulement obtiendrait une prolongation de son visa, mais qu'elle ne serait pas séparée de son enfant au cours de la procédure judiciaire qui avait cours aux Etats-Unis au sujet de la garde.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_721/2009 du 07.12.2009.

« 1. Rückführungsanordnungen gemäss dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) sowie diesbezügliche Vollstreckungsanordnungen betreffen die Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584). Nach Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32), das gemäss Art. 16 der Übergangsbestimmungen ab seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2009 sofort anwendbar ist, bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde zur Vollstreckung der Rückführungsentscheide; **im Kanton Zürich ist dies das Jugendamt**. Dessen Verfügung vom 25. September 2009, die im Übrigen verfahrensabschliessend und damit ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG ist, kann nach dem Gesagten direkt beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG). Die Eingabe wurde innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG an die Bildungsdirektion gesandt und von dieser an das Bundesgericht weitergeleitet. Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde sind mithin erfüllt.

2. Das Jugendamt hatte als Vollstreckungsbehörde darüber zu befinden, ob die im Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2009 festgehaltenen Rückführungsbedingungen eingetreten waren...

2.5 Vor dem Hintergrund des Memorandums der amerikanischen Zentralbehörde und dem Schreiben des Department of State erscheint es absolut unwahrscheinlich, ja ausgeschlossen, dass die über den Zweck und Hintergrund der Einreise informierten Einreisebehörden in Philadelphia der Mutter die Einreise aufgrund ihres bis Oktober 2018 gültigen B1/B2-Visums verweigern, ihr aber gleichzeitig den Sohn A._____ wegnehmen und diesen in den USA zurückbehalten würden. **Indes ist nicht zu übersehen,**

dass der Erwägung im Rückführungsurteil des Bundesgerichtes vom 16. April 2009, eine Unzumutbarkeit für das Kind im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ wäre auch dann anzunehmen, wenn es während des Sorgerechtsverfahrens zu einer Trennung käme, indem z.B. die Mutter die USA aus aufenthaltsrechtlichen Gründen verlassen müsste, das Kind aber zurückbehalten würde, nicht Rechnung getragen wird: **Diese Bedingung wird in keinem der amerikanischen Schreiben auch nur erwähnt, und noch weniger wurden Garantien** für ein Aufenthaltsrecht der Mutter bis zum Abschluss des Sorgerechtsverfahrens abgegeben. **Das Jugendamt hat demnach mit seiner Verfügung vom 25. September 2009 weder Recht verletzt noch eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung getroffen, wenn es befunden hat, die im Rückführungsurteil vom 16. April 2009 aufgestellten Bedingungen seien nicht (alle) erfüllt....**

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die **gegen die Verfügung des Jugendamtes vom 25. September 2009 erhobene Beschwerde abzuweisen ist.** ».

- (b) La deuxième décision a été rendue sur recours du *parent ravisseur* – la mère – à l’encontre de la décision de l’autorité cantonale d’exécution qui prescrivait les modalités du retour. La mère reprochait à l’autorité cantonale d’exécution de **ne pas s’être suffisamment coordonnée avec les autorités américaines**, y compris les autorités d’immigration, **de manière à garantir qu’elle ne serait pas interpellée à l’arrivée de l’aéroport américain et que l’enfant ne lui serait retiré.** Le Tribunal fédéral considère cette fois-ci que les mesures prises par l’autorité zurichoise d’exécution étaient à cet effet suffisantes.

Voici le passage pertinent en langue originale.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_154/2010 du 29.04.2010 cons. 1 ss)

« 1. Rückführungsanordnungen gemäss HKÜ sowie diesbezügliche Vollstreckungsanordnungen betreffen die Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten (BGE 120 II 222 E. 2b S. 224), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung und Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; BGE 133 III 584). **Nach Art. 12 Abs. 1 BG-KKE bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde zur Vollstreckung der Rückführungsentscheide; im Kanton Zürich ist dies das AJB.** Dessen Verfügung vom 11. Februar 2010, die im Übrigen verfahrensabschliessend und damit ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG ist, **kann nach dem Gesagten direkt beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. a BGG).** Die Eingabe wurde innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG eingereicht. Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich somit als zulässig, soweit sie im Namen der Mutter erhoben worden ist. Hingegen kann deren Rechtsanwältin, die weder vom Richter noch von der Vormundschaftsbehörde als Beiständin des Kindes ernannt worden ist, nicht für dieses Beschwerde führen....

10. An der Sache vorbei geht das Vorbringen, gemäss Art. 11 BG-KKE sei ein jeder Entscheid über die Rückführung mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden: Das materielle Rückführungsurteil war noch vor Inkrafttreten des BG-KKE ergangen, weshalb es vorliegend **ein selbständiges Vollstreckungsverfahren gibt.** Das AJB ist die vom Kanton Zürich bezeichnete Vollzugsbehörde. **In Beachtung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE, wonach die Behörde das Kindeswohl berücksichtigt und auf einen freiwilligen Vollzug hinwirkt, hat sie der Mutter vorab eine letzte Frist gesetzt, um das Kind freiwillig in die USA zurückzubringen. Erst wenn dies nicht der Fall wäre, sollen kindgerechte Zwangsvollstreckungsmassnahmen greifen. Zu denken ist dabei an**

eine Übergabe an den Vater in der Schweiz oder am amerikanischen Einreise Flughafen (port of entry), wobei das Kind im letzteren Fall während des Fluges durch geeignete Begleitpersonen zu betreuen wäre.

11. Unzutreffend i-t - ausgehend vom Umstand, dass es offenbar keinen Direktflug Zürich-Philadelphia gi-t - die Behauptung, das AJB habe nicht dafür gesorgt, dass die US-Immigrationsbehörde am auserwählten Flughafen informiert werde: **Das AJB hat in Ziff. II des Dispositivs ausdrücklich festgehalten, dass die Mutter den genauen Reiseplan einzureichen habe, der u.a. der schweizerischen Zentralbehörde zuhänden der amerikanischen Zentralbehörde mitzuteilen sei.** Diese kann mithin die Immigrationsbehörden am zutreffenden port of entry in den USA ebenso informieren wie sie bereits die Interview-Officers in Philadelphia informiert hat (vgl. Dossier 5A_721/2009). **Unbegründet scheint schliesslich die Befürchtung der Mutter, ohne Zusicherung des Department of Homeland Security bestehe keine Gewissheit, dass Z._____ nicht von ihr getrennt werde.** Die Aufgabe der Immigrationsbehörden ist die Überprüfung der Einreisevoraussetzungen und nicht gewissermassen d«e "Beschlagnahm»ng" amerikanischer Staatsbürger, steht doch diesen aus dem grenzpolizeilichen Blickwinkel nicht nur die freie Ein-, sondern auch die Ausreise zu. Zur Verhinderung der Ausreise des Kindes bedürfte es einer materiellen Grundlage, die nach dem Gesagten gerade nicht vorhanden ist, steht doch der Mutter nach den wiederholten Anordnungen des Sorgerechtsrichters ab dem Betreten des amerikanischen Bodens das volle Obhutsrecht zu und nach dem Order vom 21. Oktober 2009 im Übrigen das Recht zur freien Ausreise mit dem Sohn, wenn sie sich selbst nicht oder nicht mehr in den USA aufhalten darf.....

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2. X._____ wird unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB (Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft) und der Zwangsvollstreckung auf ihre Kosten im Unterlassungsfall eine letzte Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Urteils zur freiwilligen Rückführung von Z._____ in die USA gegeben. Die weiteren Modalitäten richten sich nach der Verfügung des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich vom 11. Februar 2010 ».

3. 3. Cas où le Tribunal fédéral apporte une précision concernant les modalités de retour

10. Dans une affaire **helvético-serbe**, le Tribunal fédéral relève que le dispositif de la décision cantonale est ambigu en ce qu'il peut sembler suggérer que la mère **devrait remettre l'enfant au père, alors qu'il incombe à la mère d'assurer le retour de l'enfant à Belgrade avant le délai imparti**, et non pas le remettre au père. Même si le recours dont il avait été saisi ne portait pas directement sur les modalités d'exécution, le Tribunal fédéral prend le soin de préciser l'interprétation qu'appelle la décision cantonale en ce « **que la recourante doit seulement assurer le retour de son fils dans cette ville à la date fixée** ».

Affaire helvético-se be : ATF 5A_583/2009 du 10.11.2009)

« 5.1 Da quanto precede discende che il ricorso si appalesa, nella misura in cui è ammissibile, infondato e che la sentenza che ordina il ritorno va confermata. **Giova tuttavia rilevare che la Corte cantonale ha formulato il dispositivo della propria**

sentenza in un modo che potrebbe essere frainteso, perché potrebbe far nascere il dubbio che la ricorrente debba consegnare il figlio al padre. Per questo motivo, e ricordato che la designazione di Belgrado non è contestata, in questa sede va precisato **che la ricorrente deve unicamente assicurare il ritorno del figlio in tale città entro la data stabilita...**

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto e a A. **è ordinato di assicurare il ritorno del figlio C. a Belgrado (Serbia) entro il 15 dicembre 2009** ».

4. Modalités d'exécution dans les décisions du Tribunal fédéral

11. S'agissant du volet qui concerne les modalités d'exécution du retour, les décisions du Tribunal fédéral peuvent être réparties en plusieurs catégories et notamment **cinq catégories principales.**

(i) ***Délai pour retour volontaire et ordre à l'autorité d'exécution de procéder au retour forcé.***

12. Parfois le Tribunal fédéral prescrit le retour de l'enfant, fixe le (nouveau) délai de retour volontaire, **parfois – mais toute somme faite rarement – sous la menace de l'article 292 CP**, et, pour le cas où le retour volontaire devait ne pas avoir lieu, la remise de l'enfant aux autorités de protection de l'enfant avec l'aide de la force publique, **pour qu'il soit ou bien remis au parent requérant ou bien raccompagné dans l'État vers lequel le retour doit avoir lieu.** La majorité de ces décisions ont rejeté le recours contre une décision cantonale qui prescrivait déjà le retour. **La majorité des décisions « romandes » semblent suivre un tel schéma.**

Affaire franco-sui se : ATF 5A_584/2014 du 03.09.2014

« 8. La recourante requiert enfi' l'annulation d' l'arrêt entrepris au motif qu'il lui a été impartit un délai, depuis la connaissance de cette décision, de deux semaines pour retourner en France. Ce faisant, la recourante ne soulè-e - même impliciteme-t - aucun grief ' l'encontre du raisonnement d' l'arrêt entrepris. La critique ne répond nullement ' l'exigence de motivation posée pa' l'art. 42 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2), partant, elle es' d'emblée irrecevable. **Cela étant, il convient de fixer un nouveau délai à la recourante pour retourner en France ave' l'enf ant; celui-ci est fixé au 15 octobre 2014. Étant donné que la recourante a eu connaissance de son obligation de retourner en France depuis que le jugement attaqué lui a été communiqué, ce dél-i - fixé en équi-é - lui donne suffisamment de temps pour les préparatifs nécessaires.**

9. Vu ce qui précède, le **recours doit être rejeté**, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour immédiat d' l'enfant en France ordonné dan' l'arrêt entrepris doit être garant' d'ici au 15 octobre 2014 au plus tard....

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la recourant' d'assurer le retour d' l'enfant C. _____ en Franc' d'ici au 15 octobre 2014 au plus tard; à défaut, ordre est donné au SPJ de ramener immédiatement l'enfant C. _____ en France et de la placer auprès d' l'intimé, cas échéant avec le concours des agents de la force publique** ».

Affaire helvético-bélaru se : 5A_930/2014 du 23.12.2014

« 7. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour d' l'enfant au Bélarus ordonné dan' l'arrêt entrepris **doit être garant' d'ici au 22 février 2015 au plus tard....**

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la recourant' d'assurer le retour d' l'enfant C. _____ au Bélaru' d'ici au 22 février 2015 au plus tard; à défaut, ordre est donné au SPJ de ramener immédiatement l'enfant C. _____ au Bélarus, le cas échéant avec le concours de la force publique... »**

Affaire helvético-polonaise : ATF 5A_827/2016 du 30.11.2016

« 9. **En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour immédiat d' l'enfant en Pologne ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 31 décembre 2016 au plus tard.**

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la recourant' d'assurer le retour d' l'enfant C. _____ en Pologne d'ici au 31 décembre 2016 au plus tard; à défaut, ordre est donné à l'Office cantonal pour la protection d' l'enfant, à Sion, de remettre l'enfant C. _____ à son père en Pologne, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique... »**

Affaire italo- suisse : ATF 5A_305/2017 du 19.05.2017

« 28. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour immédiat des mineurs C.B. _____ et D.B. _____ en Italie, ordonné dans l'arrêt entrepris, **doit être assuré d'ici au 19 juin 2017 au plus tard....**

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la recourante d'assurer le retour des enfants C.B. _____ et D.B. _____ en Italie d'ici au 19 juin 2017 au plus tard; à défaut, ordre est donné au Service de protection des mineurs du canton de Genève, en collaboration avec la curatrice, de remettre les mineurs C.B. _____ et D.B. _____ à leur père en Italie, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique ».**

Affaire franco- suisse : ATF 5A_990/2019 du 21.01.2020

« Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la recourante d'assurer le retour des enfants C. _____, D. _____ et E. _____ d'ici au 15 février 2020 au plus tard; à défaut, ordre est donné au Service de protection de la jeunesse de ramener immédiatement les enfants à leur père en France, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique ».**

Affaire helvético-grecque : ATF 5A_621/2022 du 28.09.2022

« 9. Le recours 5A_617/2022, déposé par les enfants des parties, doit être déclaré irrecevable. Le recours 5A_621/2022, interjeté par leur mère, doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité...

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce.

1. Le recours 5A_617/2022 est irrecevable.

2. Le recours 5A_621/2022 est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3. La demande de retour est admise et **ordre est donné à E. _____, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 du Code pénal suisse, d'assurer le retour en Grèce des enfants C. _____, B. _____ et A. _____ d'ici au 9 octobre 2022 au plus tard. A défaut, l'Office de protection de l'enfant sera chargé**

d'organiser le retour des enfants en Grèce au sens des considérants, au besoin en recourant à l'aide de la police neuchâteloise... ».

(ii) Délai pour retour volontaire (avec ou sans menace de la sanction pénale).

13. Parfois le Tribunal fédéral prescrit le retour de l'enfant, fixe le (nouveau) délai de retour volontaire, **parfois – mais toute somme faite rarement – sous le menace de l'article 292 CP** sans fournir d'indication au sujet de l'éventuel retour forcé.

Affaire helvético-australienne : ATF 5A_551/2020 du 05.08.2020

« 8. En définitive, les deux recours doivent être rejetés dans la mesure de leur recevabilité...

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. Les recours 5A_548/2020 et 5A_551/2020 sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

2. **Ordre est donné à B. _____, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP, d'assurer le retour des enfants C. _____ et D. _____ en Autriche d'ici au 30 août 2020 au plus tard ».**

Affaire italo- suisse : ATF 5A_880/2013 du 16.01.2014

« 6. **Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour de l'enfant en Italie ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 15 février 2014 au plus tard.....**

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2. **Ordre est donné à la requérante d'assurer le retour de l'enfant C. _____ en Italie d'ici au 15 février 2014 au plus tard, ou de laisser l'inimé l'y emmener ».**

(iii) Délai pour le retour volontaire et renvoi aux mesures fixées par le tribunal cantonal

14. Dans d'autres décisions, le **Tribunal fédéral fixe le délai du retour en renvoyant pour le surplus et expressément aux mesures d'exécution fixées par le Tribunal cantonal**. Les mesures d'exécution prononcées par celui-ci sont parfois reproduites dans la décision du Tribunal fédéral – dans l'exposé des faits ou « *Sachverhalt* », pratiquement jamais dans le *dispositif* – mais le plus souvent n'y figurent pas.

Affaire helvético-sudafricaine : ATF 5A_840/2011 du 13.01.2012

« 5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Weil die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, sind indes die im angefochtenen Urteil angesetzten Zeitpunkte bzw. Fristen zur freiwilligen Rückführung und betreffend Zwangsvollstreckung neu festzulegen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Die freiwillige Rückführung im Sinn von Abs. 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils hat bis spätestens **29. Februar 2012** stattzufinden. **Eine allfällige Zwangsvollstreckung im Sinn von Abs. 2 des Dispositivs des angefochtenen Urteils ist innert 60 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Urteils durchzuführen ».**

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_513/2016 du 12.08.2016

« 4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit werden das Gesuch um aufschiebende Wirkung sowie die diversen Verfahrens- und Massnahmeanträge in der Vernehmlassung des Vaters gegenstandslos. **Indes wurden im Sinn einer superprovisorischen Anordnung am 12. Juli 2016 jegliche Vollzugshandlungen untersagt, so dass der vom Kantonsgericht angeordnete Übergabezeitpunkt für den Fall, dass die Mutter nicht gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides selbst mit C._____ nach Spanien zurückkehren würde, neu zu bestimmen ist. Die Modalitäten (Ort und Zeit der Übergabe, Aushändigung der Dokumente, sowie Zwangsvollstreckung bei unterbleibender freiwilliger Übergabe) richten sich nach dem Dispositiv des angefochtenen Urteils...**

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. **Der Zeitpunkt der Übergabe von C._____ an den Beschwerdegegner gemäss den im Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 23. Juni 2016 festgelegten Modalitäten wird neu festgelegt auf Samstag, 20. August 2016, 11.00 Uhr, bei der Eingangspforte des Campingplatzes U._____.** »

Affaire helvético-portugaise: ATF 5A_576/2018, 31 juillet 2018

« Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bundesgerichtsurteile werden am Tag ihrer Ausfällung rechtskräftig (Art. 61 BGG). **Indes ist die vom Obergericht bis Ende Juli 2018 eingeräumte Frist für die freiwillige Rückgabe von C._____ zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung** bis zum 20. August 2018 zu verlängern. Damit wird der nötigen Organisationszeit für den Vater, einem allfälligen weiteren kurzen Zeitablauf bei zwangsweisem Vollzug, dem Schuljahresbeginn in Portugal per Mitte September und dem Bedürfnis des Kindes nach einer vorangehenden Phase des Wiedereinlebens Rechnung getragen...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. **Die Frist zur freiwilligen Rückgabe des Kindes wird bis 20. August 2018 verlängert. Die Modalitäten des subsidiären behördlichen Vollzuges richten sich nach den Anordnungen des angefochtenen Entscheides.**

Affaire helvético-espagnole : ATF, 5A_537/2012, du 20 sept. 2012

« 7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen im Grundsatz abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

...1. Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2. **Der Beschwerdeführerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Erhalt dieses Urteils zur freiwilligen Rückführung des Kindes Y._____ nach Spanien eingeräumt.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner, die Kindesvertreterin und das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (Rechtsabteilung, Frau U._____) **mindestens drei Arbeitstage im Voraus über den genauen Reiseplan und die Art der Unterbringung des Kindes in Spanien zu orientieren.**

Im Übrigen **richtet sich die Rückführung nach der Regelung im angefochtenen Entscheid (freiwillige Übergabe an den Vater in den Räumlichkeiten des Jugendsekretariates C._____ bzw. Zwangsvollstreckung).**

3. **Der spanische Reisepass und die Aufenthaltsbewilligung B des Kindes werden dem Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (Rechtsabteilung) übermacht** ».

Affaire helvético-all emande: ATF 5A_27/2011 du 21.02.2011 cons. 8 s.)

« 8. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Mutter, das Dispositiv des angefochtenen Entscheides sei widersprüchlich, **indem sie einerseits zur Rückführung verpflichtet und ihr Zwang angedroht, gleichzeitig aber eine Frist für die freiwillige Rückführung des Kindes angesetzt werde. Das Ansetzen einer solchen Frist ist üblich und berücksichtigt, dass gemäss Art. 12 Abs. 2 BG-KKE auch im Vollstreckungsverfahren auf einen freiwilligen Vollzug hinzuwirken ist. Im Übrigen hat das Obergericht detailliert den zwangsweisen Vollzug geregelt, wie dies in Art. 11 Abs. 1 BG-KKE vorgesehen ist.**

Etwas befremdend mutet schliesslich das Vorbringen an, die Vollzugsbehörde dürfe nicht angewiesen werden, das Kind im Unterlassungsfall nach A._____ zurückzubringen, sondern wenn schon wäre sie anzuweisen, Z._____ nach D._____ zu schaffen, von wo aus das Kind in die Schweiz verbracht worden sei: Abgesehen davon, dass die betreffenden Ausführungen Zweifel daran aufkommen lassen, inwiefern die Mutter fähig ist, zwischen ihren eigenen und den übergeordneten Interessen des Kindes zu unterscheiden, kann eine Rückführung nicht gewissermassen in den luftleeren Raum erfolgen. In D._____ befinden sich die seinerzeitigen Pflegegrossoeltern der Mutter, aber keine Bezugspersonen des Kindes. Das Gericht, welches die Rückführung anordnet, **hat sich gemäss Art. 10 Abs. 2 BG-KKE zu vergewissern, ob und auf welche Weise diese vollzogen werden kann. Die Rückführung hat selbstredend zum Antragsteller und Inhaber des verletzten Sorgerechtes in A._____ zu erfolgen**, wo das Kind vor der Entführung beim Vater gelebt hat und wo es ohne weiteres wieder aufgenommen und betreut werden kann.

9. Zusammenfassend ergibt sich, dass **die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist**. Weil die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, ist indes die im angefochtenen Entscheid angesetzte Frist zur freiwilligen Rückführung zu verlängern.

Grundsätzlich sind im Rückführungsverfahren keine Verfahrenskosten zu erheben und den Parteien dürfen keine Kosten aus der anwaltlichen Verbeiständung erwachsen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). Indes können der Person, welche das Kind verbracht hat, die Kosten namentlich der Rechtsvertretung des Antragstellers auferlegt werden (Art. 26 Abs. 4 HKÜ); hiervon ist mit Rücksicht auf die offensichtliche Mittellosigkeit der Mutter und das von ihr gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzusehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, **wobei die im angefochtenen Entscheid zur freiwilligen Rückführung des Kindes gesetzte Frist bis zum 6. März 2011 verlängert wird.**

Sodann wird die schweizerische Zentralbehörde ersucht, via deutsche Zentralbehörde die für die Ortschaft A._____ zuständigen Behörden für Kinderbelange im Sinn der Erwägungen zu orientieren...»

(iv) *Délai pour le retour volontaire et ajustement non mieux précisé des mesures cantonales*

15. Quelques décisions fixent un délai pour le retour et énoncent que « *les mesures d'exécution fixées par l'autorité cantonale doivent être ajustées* » sans préciser comment. C'est surtout la tendance des décisions rendues dans des **affaires « tessinoises »**.

Affaire helvético-britannique : ATF 5A_807/2013 du 28.11.2013

« Dal canto suo, la curatrice della minore sostiene che - a causa della situazione conflittuale esistente attualmente tra i genitori - il rientro nel Regno Unito potrebbe non corrispondere all'interesse della figlia. La (asserita) situazione conflittuale tra le parti non lascia però supporre che il trasferimento nel Regno Unito possa comportare gravi rischi per la minore ai sensi della già citata norma convenzionale.

La conclusione del Tribunale d'appello, secondo la quale i presupposti dell'art. 13 cpv. 1 Lett. b CARap che permettono di rifiutare il ritorno di un minore non sono in concreto soddisfatti, va perciò confermata...

4.1 Da quanto precede discende che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile. Atteso che al gravame è stato concesso l'effetto sospensivo in via supercautelare, si giustifica fissare un nuovo termine per il rientro della minore. **Alla ricorrente è quindi ordinato di assicurare il ritorno della figlia nel Regno Unito entro il 31 gennaio 2014. Le misure di esecuzione previste nel giudizio impugnato vanno corrispondentemente adattate.** 'Con l'emanazione della presente sentenza la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso è divenuta priva d'oggetto...

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Nella misura in cui è ammissibile, **il ricorso è respinto. Ad A. _____ è ordinato di assicurare il ritorno della figlia C. _____ nel Regno Unito entro il 31 gennaio 2014. Le misure di esecuzione previste nella sentenza impugnata vanno corrispondentemente adattate...** ».

Affaire helvético-norvégienne : ATF 5A_504/2013 du 05.08.2013

« 5.1. Da quanto precede discende che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile. Atteso che al gravame è stato concesso parziale effetto sospensivo supercautelare, si giustifica fissare un nuovo termine per il rientro della minore. Occorre inoltre precisare che la CARap è una convenzione internazionale; in linea di principio l'autorità chiamata a statuire su un'istanza in vista del ritorno di un minore deve pertanto, in caso di accoglimento dell'istanza, ordinare il ritorno nell'altro Stato contraente (sentenza 5A_550/2012 del 10 settembre 2012 consid. 5.1). **Alla ricorrente è quindi ordinato di assicurare il ritorno della figlia in Norvegia -e non a X. _____ (Norvegia) - entro il 15 ottobre 2013. Le misure di esecuzione previste nel giudizio impugnato vanno corrispondentemente adattate.**

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto. **A A. _____ è ordinato di assicurare il ritorno della figlia C. _____ in Norvegia entro il 15 ottobre 2013. Le misure di esecuzione previste nella sentenza impugnata vanno corrispondentemente adattate...** ».

(v) Renvoi au tribunal cantonal pour fixation des mesures d'exécution

16. Dans d'autres décisions encore, le Tribunal fédéral qui admet le recours et ordonne le rapatriement de l'enfant au rebours de la décision cantonale qui le refusait, **a tendance à ne fixer que le délai de retour et renvoyer au Tribunal cantonal la détermination des modalités d'exécution en tant que « sachnahe Instanz »**, en précisant tout au plus lui-même quelques détails. Cette pratique a pu susciter les réserves du Professeur Bucher qui estime que le Tribunal fédéral pourrait et devrait fixer lui-même les modalités de retour.

Affaire helvético-hongroise, ATF 5A_51/2015 du 25.03.2015

« 7. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Versagensgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ESÜ zu verneinen ist, was zu einer auf Art. 7 ESÜ gestützten Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in Bezug auf das Urteil des Gerichtshofes Székesfehérvár vom 17. Oktober 2013 führt.

Der Beschwerdeführer verlangt auch die Rückführung der beiden Kinder und in diesem Zusammenhang zahlreiche Vollzugsanordnungen, namentlich die Bezeichnung einer Begleitperson durch das Gericht. Die Hoheit für den Vollzug liegt aber bei den Kantonen (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE) und das Bundesgericht kann nicht direkt auf das entsprechende Personal zugreifen. Eine **konkrete Vollzugsregelung durch die kantonale Instanz scheint deshalb unumgänglich**, zumal sie organisatorischer Vorkehrungen und einer Koordination mit den Eltern und der kantonalen Vollzugsbehörde bedarf. Im Vordergrund

wird ohnehin die im kantonalen Gesuch als Hauptvariante aufgeführte Abholung der Kinder in der Schweiz und nicht die Rückführung durch behördlich bezeichnete Begleitpersonen stehen.

Nach dem Gesagten ist vorliegend das ungarische Urteil anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären. **Im Übrigen ist die Sache für die Organisation und den Vollzug der Rückführung, welche selbstverständlich unter Vorbehalt unvorhersehbarer neuer Entwicklungen steht, an das Kantonsgericht zurückzuweisen.**

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. In dahingehender Gutheissung der Beschwerde wird das Teilurteil des Gerichtshofes Székesfehérvár vom 17. Oktober 2013 in der Schweiz anerkannt und für vollstreckbar erklärt.

2. Für **die Organisation und den Vollzug der Rückführung von C.A._____ und D.A._____ wird die Sache an das Kantonsgericht Luzern zurückgewiesen...».**

Affaire helvético-mex caine : ATF 5A_229/2015 du 30.04.2015

« 6.5. Insgesamt ergibt sich, dass keine schwerwiegenden Gefahren im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ konkret drohen und **für eine Betreuung durch die Mutter, für eine adäquate Unterbringung und für landesentsprechende schulische Möglichkeiten gesorgt ist.**

7. Nach dem Gesagten ist die Rückführung von C._____ nach Mexiko anzuordnen. Die Mutter beantragt die Erteilung eines entsprechenden Vollzugauftrages an das Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau als Vollzugsbehörde.

Die grundsätzlichen Modalitäten der Vollstreckung dürfen nicht einfach der Vollzugsbehörde überlassen werden; vielmehr sind sie durch das Gericht zu regeln (Art. 12 Abs. 1 BG-KKE). Indes bedarf dies organisatorischer Vorkehrungen und einer Koordination mit den Eltern, dem Kindesvertreter und der kantonalen Vollzugsbehörde. Zumal das Bundesgericht nicht direkt auf deren Personal zugreifen kann, ist das **Obergericht als sachnahe Instanz mit der konkreten Regelung der Rückführung zu betrauen.** Bemerkte sei lediglich, dass **nicht eine Rückführung durch die zuständige Stelle des Departementes im Vordergrund stehen muss.** Wie sich aus den Akten ergibt, war im Zusammenhang **mit der kantonalen Gerichtsverhandlung ein Ticket für den Rückflug des Kindes gemeinsam mit der Mutter gebucht.** Eine solche Lösung könnte durchaus sinnvoll sein, zumal es keine Direktflüge zwischen der Schweiz und Mexiko gibt, **was eine Begleitung durch schweizerische Amtspersonen bis ins Zielland ebenso wie eine freiwillige Rückführung durch den Vater problematisch machen könnte.**

Mithin ist die Sache mit - der - unter dem Vorbehalt unvorhersehbarer objektiver neuer Entwicklungen (wie beispielsweise Naturkatastrophe oder Unmöglichkeit der Mutter, das Kind bei sich aufzunehmen) steh-nden - **verbindlichen Vorgabe der Rückführung von C._____ zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.**

8. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter der Beteiligten sind aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), wobei dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass die Rechtsschriften sich auf das Thema des Kindeswillens beschränkten und relativ kurz ausfielen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. In dahingehender Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Februar 2015 aufgehoben und die Sache mit der verbindlichen Vorgabe **der Rückführung von C._____ zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen...»**

Affaire italo- uisse : ATF 5A_96/2022 du 21.03.2022

« 6.2. La decisione di ritorno del minore deve predisporre anche misure di esecuzione (art. 11 cpv. 1 LF-R'A). L'Ispettorato della Camera di protezione del Tribu'ale d'appello del Cantone Ticino va pertanto incaricato di organizzare il ritorno dei minori in Italia secondo le usuali modalit , se del caso con la collaborazion' dell'Ufficio competente (v. a'ot. 11a cpv. 1 Lett. b e cpv. 2 del regolamento del Cantone Ticino del 29 novembre 2000 della legg' sull'organizzazione e la procedura in materia di protezione del minore ' dell'adulto [ROPMA; RL 213.110]), e di accertarsi di tale ritorno' **Nell'esecuzione della decisione di ritorno va tenuto cont' dell'interesse dei minori e va data priorit  ad un ritorno volontario (art. 12 cpv. 2 LF-RMA).**

Come gi  indicato, il padre si   detto disposto a ritirare la denuncia penale pendente in Italia nel caso di rientro della madre in Italia con i figli. Se la madre optasse per un rientro con i figli in Italia (evenienza che sembra essere la pi  probabi'e), **L'Ispettorato della Camera di protezione dovr  accertarsi, prima della partenza, che il padre abbia ritirato ogni e qualsiasi denuncia penale contro la madre, cos  da evitare di esporre i minori a situazioni contrarie al loro benessere a dipendenza del seguito di tale procedura** (v. sentenza della Camera di protezione del Tribu'ale d'appello del Cantone Ticino del 30 luglio 2015 consid. 7, inc. 9.2015.98, <<http://www.sentenze.ti.ch>> [consultato il 18 marzo 2022]).

Nella motivazione del suo ricorso, il padre c'iede **"di disporre la comminatoria art. 292 CP in caso di mancato rientro volo"tario"**. Non vi sono tuttavia indizi che facciano supporre'che l'opponente abbia a disattendere il presente giudizio. In una tale evenienza, ossia in caso di mancato ritorno volonta'io, l'Ispettorato della Camera di protezione potr  attivare la **Polizia cantonale affin  proceda con le misure necessarie, segnatamente metta in atto il ritorno forzato dei minori in Italia.** ...

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Nella misura in cui   ammissibile, **il ricorso   accolto**. Il dispositivo n. 1 della sentenza impugnata   annullato e riformato nel senso che   **ordinato a B. _____ di assicurare il ritorno dei figli C. _____ e D. _____ in Italia entro il 30 aprile 2022.** '2. **L'Ispettorato della Camera di protezione del Tribu'ale d'appello del Cantone Ticino   incaricato di organizzare il ritorno volontario dei minori in Italia secondo le usuali modalit  e di accertarsi del loro avvenuto ritorno.** Nel caso in cui la madre decida di seguire i figli in Ita'ia, l'Ispettorato della Camera di protezione dovr  in particolare accertarsi che, come assicurato nel ricorso, prima della partenza **il padre abbia ritirato ogni e qualsiasi denuncia penale co'tro l'opponente.**

In caso di mancato ritorno volontario, su richiest' dell'Ispettorato della Camera di protezione, la **Polizia cantonale proceder  con le misure necessarie, segnatamente eseguir  il ritorno forzato dei minori in Italia** ».

(vi) Modification par le Tribunal des modalités d'exécution en raison d'un changement de circonstances

17. On trouve également des décisions qui fixent un délai pour le retour et les modalités d'exécution **en modifiant de maniere significative celles fixées par le Tribunal cantonal** en raison d'un **changement de circonstances.**

Affaire helvético-autric hienne: ATF 5A_ 440/2019, 2. juillet 2019

« 4. Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer eine Frist zur freiwilligen Rückführung gesetzt und das Bundesgericht pflegt dies normalerweise auch zu tun, wobei die Frist vorliegend zufolge der gewährten aufschiebenden Wirkung neu anzusetzen wäre.

Indes besteht angesichts der konkreten heutigen Umstände (unklare Arbeitssituation des Vaters; unklare Aufenthaltssituation, indem gemäss Aktennotiz des Obergerichts die Grossmutter väterlicherseits nach wie vor nicht gemeldet und der Ausländerausweis des Vaters abgelaufen ist; Hinterlegung einzig der slowakischen Pässe der Kinder, während angeblich keine mazedonischen Ausweispapiere bestehen sollen und den kantonalen Behörden die Herstellung eines Kontaktes mit der mazedonischen Botschaft bisher nicht gelungen ist) sowie angesichts des bisherigen, ausgeprägt eigenmächtigen Verhaltens des

Vaters und schliesslich angesichts seiner Überzeugung, die Mutter habe keinerlei Rechte mehr auf die Kinder, die konkrete Befürchtung, dass der Vater eine Frist zur freiwilligen Rückführung zu einem Untertauchen bzw. zu einem Absetzen nach Mazedonien nutzen könnte, zumal für die eingeschulte ältere Tochter ab dem 6. Juli 2019 die Sommerferien beginnen. Es drängt sich aus diesen Gründen und überdies angesichts der vollständigen elterlichen Kommunikationsblockade auf, **eine behördenbegleitete Übergabe der Kinder in den Räumlichkeiten der kantonalen Vollzugsbehörde zu organisieren, wie die Mutter dies vernehmlassungsweise verlangt**, wobei entsprechend dem für diesen Fall gemachten Postulat der Kindesvertreterin vorab eine kinderpsychologisch begleitete Kontaktherstellung und Wiederannäherung insbesondere mit der älteren, der Mutter entfremdeten Tochter A. stattzufinden hat (vgl. dazu die Ausführungen im parallelen Urteil 5A_339/2019 E. 4.5).

Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 BG-KKE ist der Vollzug der Rückführung mithin wie folgt zu regeln:

Der Vater hat sich ab Donnerstag, 4. Juli 2019, täglich bei der Kantonspolizei Solothurn, Regionenposten W., zu melden, und zwar an den Wochentagen und am Samstagvormittag physisch sowie am Sonntag telefonisch unter einer von der Kantonspolizei noch zu bezeichnenden Nummer, unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB und der sofortigen Fremdplatzierung der Kinder im Unterlassungsfall. Soweit der Vater inzwischen wieder arbeiten sollte, kann die tägliche Meldung nach Rücksprache mit dem Amt für soziale Sicherheit auch auf einem anderen Polizeiposten stattfinden.

Die Kantonspolizei Solothurn, Regionenposten W., ist anzuweisen, das Amt für soziale Sicherheit, Aufsichtsbehörde KESB, sofort in Kenntnis zu setzen, wenn die tägliche Meldung des Vaters ausbleiben sollte.

Das Amt für soziale Sicherheit des Kantons Solothurn, Aufsichtsbehörde KESB, als kantonale Vollzugsbehörde ist zu beauftragen, mit der Mutter betreffend Anreise in die Schweiz und gegebenenfalls Unterbringung Kontakt aufzunehmen, unter Betrauung eines entsprechenden Dienstes bzw. entsprechender Fachpersonen eine kindesgerechte Kontaktaufnahme und Wiederannäherung zwischen den Kindern und der Mutter zu organisieren, bei Kooperationsunwilligkeit des Vaters notfalls durch vorübergehende Platzierung der Kinder in einer Pflegefamilie, und mit den zuständigen Kinderschutzbehörden in Österreich betreffend die Begleitung des Wiedereinlebens durch Fachpersonen Kontakt aufzunehmen, soweit dies noch nicht erfolgt sein sollte.

Die Übergabe der Kinder hat am 12. Juli 2019, 10:00 Uhr, in den Räumlichkeiten des Amtes für soziale Sicherheit des Kantons Solothurn zu erfolgen. Die Vollzugsbehörde ist ermächtigt, hierfür und bei den vorangehenden Vorkehrungen soweit **erforderlich polizeiliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen...**

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Der Beschwerdeführer hat sich ab Donnerstag, 4. Juli 2019, täglich bei der Kantonspolizei Solothurn, Regionenposten W._____, zu melden, und zwar an den Wochentagen und am Samstagvormittag physisch sowie am Sonntag telefonisch unter einer mit der Kantonspolizei abzusprechenden Nummer, unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB (Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft) und der sofortigen Fremdplatzierung der Kinder im Unterlassungsfall.
3. Die Kantonspolizei Solothurn, Regionenposten W._____, wird angewiesen, das Amt für soziale Sicherheit, Aufsichtsbehörde KESB, sofort in Kenntnis zu setzen, wenn die tägliche Meldung des Beschwerdeführers ausbleiben sollte.
4. Das Amt für soziale Sicherheit, Aufsichtsbehörde KESB, des Kantons Solothurn als kantonale Vollzugsbehörde wird beauftragt:
 - mit der Mutter betreffend Anreise in die Schweiz und gegebenenfalls Unterbringung Kontakt aufzunehmen,

- unter Betreuung eines entsprechenden Dienstes bzw. entsprechender Fachpersonen eine kindesgerechte Kontaktaufnahme und Wiederannäherung zwischen den Kindern und der Mutter zu organisieren, bei Kooperationsunwilligkeit des Vaters notfalls durch vorübergehende Platzierung der Kinder in einer Pflegefamilie,
- und mit den zuständigen Kinderschutzbehörden in Österreich betreffend die Begleitung des Wiedereinlebens durch Fachpersonen Kontakt aufzunehmen.

5. Die Übergabe der Kinder findet statt am 12. Juli 2019, 10:00 Uhr, in den Räumlichkeiten des Amtes für soziale Sicherheit des Kantons Solothurn.

Die Vollzugsbehörde ist ermächtigt, hierfür und bei den vorangehenden Vorkehrungen soweit erforderlich polizeiliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen ».

Affaire helvético-espagnole, 5F_952/2021, 6 janvier 2022

« Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Jugendamt des Kantons Bern als Vollzugsbehörde wird beauftragt, mit der Mutter die Anreise zu organisieren und namentlich ihren Hinflug sowie die Rückflüge für Mutter und Kinder zu buchen.

Sodann wird das Jugendamt angewiesen, unter Aushändigung des vorliegenden Urteils an den Beschwerdeführer mit der Unterstützung eines kinderspezifisch geschulten Care-Teams und der Kantonspolizei Bern, zu deren Inanspruchnahme das Jugendamt explizit ermächtigt wird, die Kinder C._____ (geb. 2007) und D._____ (geb. 2009) sowie deren zur Rückreise notwendigen persönlichen Effekten an sich zu nehmen und diese anschliessend der Mutter zu übergeben.

Das Jugendamt wird weiter mit der für die Einreise nach Spanien nötigen Covid-Testung beauftragt und gebeten, die Flughafenpolizei zu verständigen und die Mutter mit den Kindern nach Möglichkeit bis zum Gate zu begleiten.

Im Sinn eines Rückfallkonzeptes wird das Jugendamt ausdrücklich ermächtigt, die Kinder notfalls vorübergehend in geeigneter Weise, namentlich unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von C._____, unterzubringen. Ebenfalls im Sinn eines Rückfallkonzeptes wird das Jugendamt für den Fall der Unmöglichkeit einer Übergabe der Kinder an die Mutter in der Schweiz beauftragt, diese nach V._____, Spanien, in den Haushalt der Mutter zurückzuführen.

Weiter wird das Jugendamt aufgefordert, mit den örtlichen Kinderschutzbehörden in Spanien Kontakt aufzunehmen und diese über den Rückführungsentscheid und die besonderen Bedürfnisse der Kinder zu informieren.

Das Obergericht wird angehalten, dem Jugendamt rechtzeitig die hinterlegten Ausweispapiere der Kinder auszuhändigen und nach der erfolgten Ausreise dem Beschwerdeführer dessen Ausweispapiere zurückzugeben ».

5. Difficultés dans l'exécution

18. La lecture des décisions du Tribunal fédéral ne permet pas de savoir si le retour ordonné judiciairement **a pu effectivement avoir lieu** et, dans l'affirmative, *comment*, ou, dans la négative, *pourquoi*, pas plus qu'elle ne permet d'établir des statistiques quant **au « succès » de l'exécution. La seule lecture de ces décisions ne permet pas non plus de savoir comment la situation familiale a évolué** par la suite de l'entrée en force de la décision de retour, notamment si les parents, après avoir tant bataillé, ont pu trouver un accord au sujet de l'organisation de la vie bi-territoriale de l'enfant, et comment, et quelle est la teneur de cet accord ou comment les tribunaux de l'État du retour ont statué sur la garde ou sur le lieu de résidence.

19. Deux sources d'informations peuvent y aider :

- (i) Il arrive d'abord que les spécialistes – notamment lorsqu'ils ont été impliqués dans ces affaires, et gardent contact avec les personnes concernées – **livrent quelques détails, précieux, au sujet de l'évolution ultérieure.**

Le Professeur Bucher a par exemple fourni de telles informations, dans ses contributions annuelles à la **SRIEL**, au sujet de l'affaire **helvético-hongroise** de 2015, d'une affaire **helvético-américaine** de 2009-2010, de l'affaire **franco-suisse** qui allait donné lieu à la décision de la CEDH *Rouiller c. Suisse*, de l'affaire **helvético-mexicaine** de 2015.

- (ii) Il arrive aussi que la situation familiale revienne après **quelques mois ou quelques années** devant les **autorités suisses** et que celles-ci soient dès lors amenées à rendre d'autres décisions, qui rendent compte de ce qui a pu entre-temps se passer.

- (a) Dans une affaire **helvético-espagnole de 2017**, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours à l'encontre de la décision du tribunal cantonal qui avait été saisi d'une demande en modification de la décision de retour en vertu de l'article 13 LF-EEA, relate que **l'autorité cantonale d'exécution avait dû renoncer à la mise à exécution de la décision faute de pouvoir la mener conformément à l'intérêt de l'enfant.** La requête en modification déposée par le parent requérant avait été admise par le tribunal cantonal et l'ordre de retour révoqué du fait de l'opposition de l'enfant en vertu de l'article 13 al. 2 CLaH 80 (v. *infra*, ad art. 13 LF-EEA, n° 15). Le Tribunal fédéral rejette le recours contre une telle décision de révocation **si bien que le retour n'a finalement pas lieu.**
- (b) Dans la fameuse affaire **helvético-mexicaine**, le retour de la fille au Mexique avec sa mère, mexicaine, et parent de référence, avait eu lieu dans les circonstances que le Professeur Bucher relate de la manière que voici :

« Ayant renversé une première décision de l'*Obergericht* d'Argovie, acceptant la volonté sincère de l'enfant de ne pas être renvoyée au Mexique compte tenu des dangers pour sa sécurité, le Tribunal fédéral a ordonné le retour, après avoir consulté les informations sur la sécurité des touristes et, surtout, en estimant que la volonté de l'enfant avait été manipulée par son père. L'enfant s'étant toujours révoltée, on a pensé bien faire pour en venir à bout en l'enfermant dans une maison de garde pendant six semaines et l'exposant à l'analyse partielle d'un psychiatre, qui a tout au moins constaté que l'enfant allait se rebeller en cas de départ. Sa résistance a finalement été rompue en la mettant sous narcose. Le voyage au Mexique s'est alors bien passé, en compagnie de la mère, de telle manière qu'à son arrivée, l'enfant ne se souvenait de rien. L'Autorité centrale de Berne n'est pas intervenue, alors qu'elle savait que la résistance de l'enfant ne pouvait être brisée autrement que par la force, physique ou médicale » (SRIEL, 2019, p. 309).

Le Tribunal fédéral allait, quelques années après, être saisi, toujours par la mère, d'une nouvelle demande en retour, le père ayant commis un nouvel enlèvement vers la Suisse. Dans son nouvel arrêt du **9 juillet 2018, 5A_475-2018** - le **quatrième** en l'affaire, après les trois d 2015 : 5A_229/2015 du 30 avril 2015, 5A_429/2015 du 22 juin 2015 et 5A_539/2015, 10 juillet 2015 – le Tribunal fédéral rend compte brièvement de la suite : après le retour de l'enfant au Mexique et la réintégration de sa résidence auprès de la mère, le père était rentré lui-même au Mexique, les parents avaient pu trouver un accord selon lequel la fille allait passer cinq jours par semaine chez sa mère et le week-end chez son père, sans pouvoir quitter l'État mexicain de Basse Californie ; en 2017 le juge mexicain avait prononcé le divorce ; un week-end du mois de janvier 2018, le père ne ramène plus sa fille à la mère, voyage avec elle en Suisse et l'installe à Saint-Gall, où vivent sa nouvelle compagne et le fils qu'il avait entre-temps eu d'elle.

Affaire helvético-mexicaine, ATF 5A_475/2018, 9.7.2018

« **A...** Nach der Rückführung lebte C. wieder in Mexiko bei ihrer Mutter. Kurz darauf verlegte auch der Vater seinen Wohnsitz zurück nach Mexiko, wo er ein Gerichtsverfahren auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts für C. einleitete. Am 15. Juni 2016 unterzeichneten die Eltern eine neuerliche Vereinbarung, wonach ihnen die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam zukomme und sich C. unter der Woche bei der Mutter, am Wochenende beim Vater aufhalte; ferner wurde festgehalten, dass C. mit der vorgängigen Zustimmung der Mutter die Stadt La Paz, nicht jedoch den Bundesstaat Baja California Sur verlassen dürfe.

Im Juni 2017 wurde die Ehe der Eltern geschieden, wobei die vorgenannte Vereinbarung ihre Gültigkeit behielt. Das Verfahren betreffend Zuteilung der elterlichen Sorge ist nach wie vor in Mexiko hängig.

B. Nach dem Besuchswochenende vom 28. Januar 2018 beim Vater kehrte C. nicht mehr zur Mutter zurück. Seit dem 1. März 2018 wohnt sie mit ihm, dessen Partnerin und deren gemeinsamem Sohn im Kanton St. Gallen. In der Folge ersuchte die Mutter am 12. März 2018 beim Kantonsgericht St. Gallen um Rückführung von C. nach Mexiko. Mit Entscheid vom 30. Mai 2018 wies das Kantonsgericht St. Gallen das Rückführungsgesuch sinngemäss ab ».

Le tribunal cantonal de Saint-Gall rejette la demande du fait principalement de la volonté de l'enfant, qui avait désormais 12 ans et demie, **en constatant que le tribunal mexicain avait également relevé une telle volonté** ; le Tribunal fédéral rejette le recours formé par la mère.

20. Il convient également de citer, comme source d'informations s'ajoutant au texte des décisions elles-mêmes, les **nombreux comptes rendus dans les médias et notamment les reportages télévisés** qui sont **régulièrement consacrés aux affaires d'enlèvement parental**, en Suisse comme dans bien d'autres pays.

Dans les derniers mois, la **RTS** a largement « couvert », au mois de mai 2023, notamment, l'affaire **helvético-espagnole** d'enlèvement par la mère des deux jumeaux de la région de Madrid vers le Canton de Neuchâtel (*supra*, ad Art. 5 LF-EEA) et les multiples rebondissements qu'elle a vécu et, elle a consacré, au mois de janvier 2023, un épisode de l'émission « *Mise au point* » à l'affaire **franco-suisse** d'enlèvement par sa mère de la fillette Camille : <<https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/enlevement-parental-et-vie- clandestine-a-morges?urn=urn:rts:video:13704104>>.

21. Les émissions que nous avons pu regarder, disponibles sur Youtube, ont été diffusées sur des chaînes de France, d'Australie, d'Angleterre, d'Espagne, d'Italie, d'Allemagne, de Colombie, du Japon – montrent souvent, **une année, deux ans, cinq ans, dix ans après l'enlèvement ou la procédure qu'elle a suscité, la détresse des enfants** dont les conflits parentaux ont poussé un parent à enlever l'enfant contre la volonté de l'autre parent, les **séquelles durables que de tels drames ont pu provoquer dans le développement psycho-social de ces enfants**, et **montrent aussi la détresse des parents**, du parent qui a subi l'enlèvement mais aussi du parent qui se dit avoir été contraint à le réaliser.

Parmi tant d'autres, v. le documentaire britannique, « Heartbroken Father's Heroic Quest To Be Reunited With Kidnapped Daughter », où Alison Shalaby, de *Reunite international*, raconte qu'au cours des premières semaines de 2018, « **trois parents se sont déjà ôtés la vie** », le documentaire allemand « Wenn Eltern ihre Kinder entführen. Hallo Deutschland 13.10.2013 », sur le drame de Oliver Weilharter, pris dans l'étau d'un conflit entre l'Autriche, pays de sa mère, et le Danemark, pays de son père ; et le journaliste auteur du documentaire de se demander « *Wie kann es dazu kommen, dass die beiden Eltern in ihren Heimatländern das alleinige Sorgerecht zugesprochen bekommen* » ? ; le documentaire français, v. « *Enlèvement parental : leur enfant a été kidnappé au Japon – Ça commence*

aujourd'hui », 13 sept. 2019, sur les drames des enfants franco-japonais, et de leurs parents, résultant en substance de conflits franco-japonais d'ordres publics. Ces émissions, et des dizaines d'autres semblables, sont disponibles sur Youtube.

22. Compte tenu de ce qui précède, on peut se demander si l'Autorité centrale suisse, de concert avec l'Autorité centrale de l'autre pays concerné, **au lieu de clôturer définitivement le dossier une fois que le retour a été effectué, ne pourrait pas se charger d'un « suivi »**, en prenant contact – une ou deux ou trois fois, par exemple après deux mois, une année, deux ans – avec les personnes concernées, essentiellement les parents, qu'elles avaient assistées, en investissant des ressources souvent importantes, et en leur soumettant par exemple un petit questionnaire.

Une telle proposition est avancée également par Missing Children Switzerland : « ...en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant et la protection de ses droits, nous estimons également qu'il serait utile que l'autorité centrale soit en charge de déléguer et superviser une **forme de suivi, dans la procédure post-retour des enfants, ceci de manière systématique** » (Missing Children Switzerland, observations du 7 septembre 2023).

11. Modification de la décision de retour (art. 13 LF-EEA)

Article 13 – Modification de la décision

¹ Le tribunal peut, sur requête, modifier la décision ordonnant le retour de l'enfant lorsque les circonstances qui s'y opposent ont changé de manière déterminante.

² Il statue également sur le classement de la procédure d'exécution.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2468-2469)

« A l'instar des mesures de protection des mineurs en général, la décision ordonnant le retour d'un enfant doit pouvoir être reconsidérée mais à des conditions très strictes. Il se peut aussi que des faits nouveaux modifient la situation à ce point qu'il faille rendre une nouvelle décision (art. 13, al. 1). Cette reconsidération ne doit toutefois pas sortir des limites posées par la convention ; en effet, les motifs qui pourraient s'opposer à un retour sont identiques à ceux qui valent dans toute autre procédure conduite en cas d'enlèvement international d'enfants. En général, une situation conduisant à une modification de la décision de retour ne se présente que si un certain laps de temps s'est écoulé entre le prononcé de la décision et l'exécution (manquée ou non demandée). Les faits nouveaux justifiant une modification de la décision peuvent être de plusieurs ordres : modification notable de la situation familiale de l'enfant, des conditions d'existence de l'un ou l'autre des parents, voire des deux, de la situation de la personne ou de l'institution qui a accepté d'accueillir l'enfant. Il peut également s'agir d'une nette dégradation de la situation dans l'État étranger dans lequel l'enfant devrait retourner. Devant de telles situations, il importe tout d'abord que le tribunal suspende l'exécution de la décision de retour initialement prononcée. La nouvelle procédure se déroule conformément aux dispositions ad hoc de la convention et de la loi. Si le tribunal parvient à la conclusion que les faits nouveaux invoqués ne sont pas suffisamment pertinents pour justifier le refus du retour, il confirme sa première décision tout en adaptant les mesures d'exécution à la nouvelle situation. En revanche, s'il décide de refuser définitivement le retour, non seulement il suspend l'exécution de celui-ci mais encore annule la décision de retour en tant que telle. Si des circonstances extraordinaires imprévisibles se produisent, elles peuvent avoir pour effet d'obliger l'autorité à suspendre ou à différer l'exécution du retour. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'enfant ou une personne proche désignée pour l'accompagner est atteint par la maladie. Font également partie de ces circonstances des événements graves qui se sont inopinément produits dans l'État du retour, tels que faits de guerre, catastrophes naturelles, ou maladie affectant les personnes qui ont été désignées pour accueillir l'enfant ».

Questions posées

Mise en œuvre

11.1. De quelle manière l'art. 13 est-il appliqué par les tribunaux suisses ?

Efficacité

11.2. Cette possibilité s'est-elle avérée efficace en pratique pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

Analyse

1. Le Tribunal fédéral a été confronté à l'article 13 LF-EEA – aux circonstances justifiant une modification, et pour l'essentiel une « *révocation* », de la décision de retour, aux caractéristiques de la procédure qui en résulte et au résultat envisageable de celle-ci – dans **six importantes affaires**.

2. Le nombre plutôt limité des affaires ayant pour objet une requête en modification portées devant le Tribunal fédéral semble montrer – même ce type d'extrapolations devrait être mené avec prudence – que les parents auteurs d'enlèvement vers la Suisse **ont, dans leur ensemble, tendance à ne pas faire de l'article 13 LF-EEA un usage abusif**, en tout cas pas devant la juridiction suprême.

3. L'article 13 LF-EEA parvient en pratique à pallier la limite que rencontre l'activité du Tribunal fédéral résultant de l'interdiction du « *Novum* » prévue à l'article 99 de la Loi sur le Tribunal fédéral.

Article 99 LTF – Faits nouveaux

¹ Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente.

² Toute conclusion nouvelle est irrecevable.

4. Une telle limite est particulièrement perceptible dans des affaires où la situation peut évoluer de manière tout aussi significative que rapide, telles les affaires d'enlèvement (qui sont « *hochevolutiv* », selon les mots d'un spécialiste siégeant au Tribunal fédéral), si bien que, lorsque le **Tribunal fédéral doit se prononcer sur un recours, la situation a déjà pu entre-temps évoluer**. Il arrive en effet que le Tribunal fédéral rejette un argument en tant que fondé sur un *fait nouveau* ou prenant une conclusion nouvelle **tout en signalant au recourant que le mécanisme approprié pour s'en réclamer est celui qu'organise l'article 13 LF-EEA**.

5. En prenant appui sur les passages pertinents du Message, qu'il cite régulièrement, le Tribunal fédéral a déduit de l'article 13 LF-EEA les principes suivants :

- (i) la requête en modification de la décision fondée sur la volonté de l'enfant qui s'opposerait désormais au retour peut être **formée non seulement par l'enfant lui-même et le curateur ou la curatrice au nom de celui-ci, mais bien également par le parent qui s'oppose au retour**.

Affaire helvético-espagnole : 5A_149/2017 du 19.4.2017.

« 1. Fristgerecht angefochten ist der **kantonale Abänderungsentscheid** betreffend einen auf dem HKÜ (Haager Kinderentführungsübereinkommen, SR 0.211.230.02) basierenden Rückführungsentscheid. **Der Abänderungsentscheid stützt sich formell auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE** (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung, SR 211.222.32) **und ist in gleicher Weise anfechtbar wie der Rückführungsentscheid selbst**. Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen sind damit grundsätzlich erfüllt (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG, Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BG-KKE, Art. 90 BGG und Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG).

Im Zusammenhang mit der Frage der Legitimation ist einzig fraglich, **ob sich die Mutter mit einem Abänderungsgesuch auf einen im Rückführungsverfahren nie thematisierten Kindeswillen berufen kann oder ob nicht das Kind selbst, von dem nachträglich behauptet wird, es wersetze sich der Rückführung, bzw. sein Vertreter als Manifestation des Widersetzens die Abänderung verlangen müsste**. Indes gibt das Rückführungsübereinkommen dem gesuchsgegnerschen Elternteil die Möglichkeit, sich auf den betreffenden Rückführungsausschlussgrund zu berufen, und ermöglicht

nicht erst Art. 13 Abs. 1 BG-KKE die Behauptung veränderter Verhältnisse; **vielmehr ist dies direkt in Umsetzung des HKÜ möglich, wie das Bundesgericht vor Inkrafttreten des BG-KKE stets anerkannt hat** (vgl. z.B. die Urteile 5P.160/2001 vom 13. September 2001 E. 4b/aa; 5P.454/2000 vom 16. Oktober 2001 E. 2a). Das Abänderungsgesuch der Mutter, welche sich ausschliesslich auf den nachträglich vorgebrachten Ausschlussgrund des Kindeswillens beruft, **ist mithin zulässig**, wobei auf den vorstehend angesprochenen besonderen Umstand im Zusammenhang mit der Prüfung der Abänderungsvoraussetzungen und der inhaltlichen Prüfung des Abänderungsgrundes zurückzukommen sein wird ».

- (ii) Selon le Tribunal fédéral, l'art. 13 al. 1 LF-EEA reprend un principe général selon lequel les mesures relatives à l'intérêt des enfants **sont toujours soumises à la réserve d'un changement de circonstances**, ce principe ne s'appliquant toutefois, selon la rédaction de la disposition pertinente, « *que dans un sens, à savoir lorsque des faits excluant le retour se sont produits entre-temps* ».

Dans une affaire **helvético-américaine**, le Tribunal a considéré qu'il n'était pas nécessaire de déterminer en l'espèce si, lorsque les faits empêchant le rapatriement ont disparu, une modification de la décision prescrivant le rapatriement serait également possible ou si cela est exclu en raison de la formulation de l'art. 13, al. 1, LF-EEA.

Affaire helvético-américaine, 5A_80/2010, 22 mars 2010

« 3. In der Sache selbst werden veränderte Verhältnisse im Sinn von Art. 13 Abs. 1 BG-KKE behauptet.

3.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE kann ein Rückführungsentscheid geändert werden, wenn sich die einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben. Art. 13 Abs. 1 BG-KKE nimmt ein allgemeines Prinzip auf, wonach Regelungen über Kinderbelange stets unter dem Vorbehalt veränderter Verhältnisse stehen, wobei dieser Grundsatz nach dem Gesetzeswortlaut nur in der einen Richtung gilt, nämlich wenn inzwischen Tatsachen eingetreten sind, welche die Rückführung ausschliessen. **Ob im gegenteiligen Fall, wenn rückführungshindernde Tatsachen nicht mehr bestehen, ebenfalls eine Änderung des Rückführungsentscheides möglich wäre oder ob dies aufgrund des Wortlautes von 13 Abs. 1 BG-KKE ausgeschlossen ist, braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden** ».

- (iii) L'art. 13 al. 1 LF-EEA présuppose, pour la modification de la décision de retour, que les circonstances **aient changé de manière significative depuis lors**. A l'instar des mesures de protection de l'enfant, il doit être possible, **dans des limites toutefois étroites, de procéder à une nouvelle appréciation de la situation**.
- (iv) Un changement déterminant des circonstances ne se présente en général que si **un certain temps s'est écoulé entre la décision et l'exécution**.

Affaire helvético-espagnole : 5A_149/2017 du 19.04.2017

« 2. Art. 13 Abs. 1 BG-KKE setzt für die Änderung des Rückführungsentscheides voraus, dass sich seither die **einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben**. Die Botschaft zum BG-KKE hält fest, diesfalls müsse es ähnlich wie bei Kinderschutzmassnahmen auch in Bezug auf den Rückführungsentscheid **in engen Grenzen möglich sein, eine Neubeurteilung vorzunehmen**, wobei eine solche Situation **in der Regel nur dann auftrete, wenn zwischen dem Entscheid und dem Vollzug eine gewisse Zeit verstrichen sei** (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007, BBl 2007 2627). ».

Affaire helvético-espagnole 5A_847/2012 du 17.12.2012 cons. 2.

« 2 Di regola si verifica una situazione che potrebbe comportare una modifica della decisione di ritorno **soltanto se tra tale decisione e la sua esecuzione (fallita o non richiesta) è trascorso un certo tempo...** ».

- (v) Dans l'affaire la plus importante au sujet de l'article 13 LF-EEA, le Tribunal fédéral n'a cependant pas exclu que l'on puisse donner suite à une demande de modification de la décision en vertu de l'article 13 LF-EEA alors même qu'une telle demande avait été introduite **quelques jours seulement après le prononcé de la décision confirmant le retour.**

Le tribunal cantonal avait admis la requête de modification ; le père avait formé un recours devant le Tribunal fédéral qui, l'admettant partiellement, a renvoyé l'affaire au tribunal cantonal pour que l'enfant soit auditionné à nouveau.

Affaire helvético-espagnole : 5A_149/2017 du 19.04.2017

« 5.6. Immerhin ist aber seit der Einleitung des Abänderungsverfahrens nunmehr weit über ein halbes Jahr verstrichen, in welchem sich die Reife von C._____ entwickelt und seine Überzeugung verdichtet haben mag. Insgesamt besteht aufgrund der vorstehenden Ausführungen keine Grundlage, welche für den jetzigen Zeitpunkt die Abweisung oder die Gutheissung des Abänderungsgesuches als klar indiziert erscheinen lässt. Es drängt sich auf, die Angelegenheit zu einer aktualisierten Anhörung des Kindes zurückzuweisen.

Bei der neuen Entscheidung wird nebst den anderen angesprochenen Faktoren u.a. die abrupte Änderung der Willensrichtung des Kindes zu thematisieren sein. Die betreffende Frage ist nicht nur wichtig, weil es sich um ein Abänderungsverfahren handelt, sondern auch, weil sie für die Beurteilung der Reife des Kindes von Bedeutung ist, wobei sich diese freilich nach dem Urteilszeitpunkt und nicht nach der damaligen Lage richten wird. Soweit sich bei der Anhörung und aufgrund der neusten Entwicklungen die autonome Willensbildung und die Reife des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ als gegeben erweist, wird von einer auf das Haager Entführungsübereinkommen gestützten Rückführung abzusehen sein. Andernfalls wären geeignete Vollzugsmassnahmen zu ergreifen, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Polizei bereits im Vorfeld der seinerzeit angeordneten Übergabe des Kindes erklärt hatte, sich entgegen der Vollzugsanordnung im Rückführungsentscheid auf ein reines Beobachten der Übergabesituation zu beschränken. Allenfalls wird das HKÜ-Verfahren auch mit dem zwischenzeitlich gestützt auf die spanische Sorgerechtsentscheidung eingeleiteten ESÜ-Verfahren zu koordinieren sein...

1. In dahingehender Gutheissung der Beschwerde wird die Angelegenheit im Sinn der Erwägungen **an das Kantonsgericht zurückgewiesen**. Die weitergehende Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist ».

- (vi) Les faits nouveaux peuvent notamment résulter d'un **changement important dans la situation familiale de l'enfant** ou d'une **détérioration importante de la situation dans l'État étranger**.

Affaire helvético-espagnole : 5A_149/2017 du 19.04.2017

« 2. Art. 13 Abs. 1 BG-KKE setzt für die Änderung des Rückführungsentscheidendes voraus, dass sich seither die **einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben.** Die Botschaft zum BG-KKE hält fest, diesfalls müsse es ähnlich wie bei Kinderschutzmassnahmen auch in Bezug auf den Rückführungsentscheid **in engen Grenzen möglich sein, eine Neuurteilung vorzunehmen**, wobei eine solche Situation **in der Regel nur dann auftrete, wenn zwischen dem Entscheid und dem Vollzug eine gewisse Zeit verstrichen sei** (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007, BBI 2007 2627). Gemäss Botschaft können sich die neuen Tatsachen insbesondere **aus einer wesentlichen Änderung in der familiären Situation des**

Kindes oder einer wesentlichen Verschlechterung der Verhältnisse im ausländischen Staat ergeben (Botschaft, BBl 2007 2628) ».

Affaire helvético-espagnole 5A_847/2012 du 17.12.2012 cons. 2 ss)

« 2. Giusta l'art. 13 cpv. 1 LF-RMA se dopo la decisione di ritorno le circostanze che l'hanno motivata **sono sostanzialmente mutate, il tribunale può, su domanda, modificare la decisione.**

La nuova valutazione non deve però andare oltre i limiti fissati dalla CARap. Come in ogni altro procedimento in materia di rapimento di minori, anche in questa fase valgono gli stessi motivi contrari al ritorno. Di regola si verifica una situazione che potrebbe comportare una modifica della decisione di ritorno **soltanto se tra tale decisione e la sua esecuzione (fallita o non richiesta) è trascorso un certo tempo.** Le nuove circostanze possono riguardare un mutamento essenziale della situazione familiare del minore per quel che concerne uno dei due genitori o addirittura entrambi, della situazione della persona o dell'istituzione chiamata ad occuparsene o ad accoglierla, o concernere un importante peggioramento delle condizioni nello Stato estero in cui il minore dovrebbe far ritorno. **La nuova procedura soggiace alle disposizioni della CARap e della LF-RMA.** Se il tribunale ritiene che i nuovi fatti adottati non siano sufficienti per rifiutare un ritorno, la decisione originaria è confermata e le misure di esecuzione vengono conseguentemente adeguate. Se si decide in via definitiva di rifiutare il ritorno, **l'esecuzione viene annullata e la decisione di ritorno in quanto tale viene revocata** (Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2405 seg. n. 6.12). Soltanto **fatti duraturi possono costituire un "mutamento sostanziale delle circostanze"** ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LF-RMA; in caso di motivi passeggeri ostacolanti il ritorno, come ad esempio in caso di malattia del minore, non si giustifica modificare materialmente la decisione di ritorno, ma soltanto sospenderne l'esecuzione (sentenza 5A_80/2010 del 22 marzo 2010 consid. 3.1; Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in Ausländerrecht, 2a ed. 2009, n. 16.191) ».

- (vii) Les faits nouveaux peuvent en outre consister en l'apparition d'un **nouveau motif légitime d'exclusion** du retour au sens de l'article 13 CLaH 1980, comme l'opposition de l'enfant prévue à l'article 13 al. 2 LF-EEA.

Affaire helvético-espagnole : 5A_149/2017 du 19.04.2017

«... Dem Kantonsgericht ist zuzustimmen, dass **darüber hinaus die veränderten Tatsachen auch im Auftreten eines neuen Rückführungsausschlussgrundes bestehen können** ».

- (viii) Des **nouveaux développements intervenus au cours des procédures engagées devant les autorités de l'autre État co-intéressés** peuvent également constituer un changement de circonstances de nature à justifier une révocation de la décision. Il en va ainsi notamment si ces autorités ont autorisé la fixation de la résidence de l'enfant en Suisse auprès du parent auteur de l'enlèvement. En revanche, **il ne suffit pas qu'une procédure ait été engagée par celui-ci et qu'elle présente quelques chances de succès.**

Affaire helvético-italienne : ATF 5A_96/2022 du 21.03.2022

« 8. Come spiegato (v. supra consid. 5.5.3), **gli sviluppi nella procedura di affidamento dei figli in Italia posteriori alla decisione cantonale non possono essere tenuti in considerazione** e in questa sede in applicazione dell'art. 99 cpv. 1 LTF. Su eventuale domanda della madre, spetterà semmai alla Camera di protezione del Tribunale d'appello del Cantone Ticino decidere se tali sviluppi **possano essere tenuti in considerazione nell'ambito di una procedura di modifica della decisione di ritorno ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LF-RMA** (v.

RASELLI/HAUSAMMANN/MÖCKLI/URWYLER, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in Ausländerrecht, 2a ed. 2009, n. 16.191 e n. 16.192)».

- (ix) La procédure qui est engagée à la suite du dépôt de la requête en modification **est elle aussi soumise à la Convention de La Haye de 1980 et à la LF-EEA**. Si le tribunal estime que les nouveaux faits présentés ne sont pas suffisants pour refuser le retour, la **décision initiale est confirmée et les mesures d'exécution sont adaptées en conséquence**. Si une décision définitive est prise pour refuser le retour, **l'exécution est annulée et la décision de retour en tant que telle est révoquée**.

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_847/2012 du 17.12.2012

« 2... **La nuova procedura soggiace alle disposizioni della CARap e della LF-RMA**. Se il tribunale ritiene che i nuovi fatti adottati non siano sufficienti per rifiutare un ritorno, la decisione originaria è confermata e le misure di esecuzione vengono conseguentemente adeguate. Se si decide in via definitiva di rifiutare il ritorno, **l'esecuzione viene annullata e la decisione di ritorno in quanto tale viene revocata** (Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2405 seg. n. 6.12) ».

- (x) Dans un arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la **désignation d'un curateur ou d'une curatrice en vertu de l'article 9 al. 3 LF-EEA était aussi nécessaire** s'agissant de la procédure engagée par une requête en modification de la décision en vertu de l'article 13 LF-EEA.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_80/2010 du 22.3.2010

« 2.1 Gemäss Art. 9 Abs. 3 BG-KKE ordnet das Gericht die Vertretung des Kindes an und bezeichnet diesem einen Beistand. Aufgrund seiner systematischen Stellung bezieht sich die Norm offensichtlich auf das in Art. 8 BG-KKE geregelte Rückführungsverfahren. Gemäss Botschaft zum BG-KKE bleibt der Kindesvertreter jedoch bis zur vollzogenen Rückführung zuständig (BBl 2007 S. 2626). Ob und inwiefern Art. 9 BG-KKE vor diesem Hintergrund **auch auf das Abänderungsverfahren gemäss Art. 13 BG-KKE anzuwenden ist, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden** ».

Dans les autres procédures, il semble bien que le **curateur ou la curatrice de l'enfant a été impliqué**.

- (xi) Seuls des **faits durables** peuvent constituer un « *changement déterminant de circonstances* » au sens de l'art. 13 al. 1 LF-RMA ; **en cas de raisons passagères entravant le retour, telles que la maladie de l'enfant**, il n'est pas justifié de modifier matériellement la décision de retour, mais seulement d'en suspendre l'exécution.

Affaire helvético-espagnole : 5A_847/2012 du 17.12.2012 cons. 2

« 2... Soltanto **fatti duraturi possono costituire un "mutamento sostanziale delle circostanze"** ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LF-RMA; in caso di motivi passeggeri ostacolanti il ritorno, **come ad esempio in caso di malattia del minore, non si giustifica modificare materialmente la decisione di ritorno, ma soltanto sospenderne l'esecuzione** (sentenza 5A_80/2010 del 22 marzo 2010 consid. 3.1; Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in Ausländerrecht, 2a ed. 2009, n. 16.191) ».

- (xii) S'agissant des relations entre les articles 12 et 13 LF-EEA, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que, lorsque la demande d'exécution de la décision ordonnant

le retour **intervient plusieurs années après la date de la décision ordonnant le retour**, l'article 12 al. 2 LF-EEA permet aux autorités chargées de l'exécution de renoncer à celle-ci alors même que le parent qui s'oppose à l'exécution n'a pas engagé une procédure de révision.

Affaire helvético-allemande : ATF 5A_293/2010 du 22.06.2010

« 3... Würde das Kind ungeachtet der fehlenden Darlegung der Vollstreckungsvoraussetzungen im betreffenden Gesuch, mithin ohne näheren Kenntnis der aktuellen Situation zwangsweise zum weitgehend unbekanntem Vater geschafft, dessen Sorgerecht nach wie vor nicht geklärt ist, kann **eine Gefährdung des Kindeswohls überhaupt nicht abgeschätzt und ausgeschlossen werden. Folglich kann dem DVI keine falsche Anwendung von Art. 12 Abs. 2 BG-KKE vorgeworfen werden**, wenn es die verlangten Zwangsvollstreckungsmassnahmen abgelehnt hat. Entgegen dem Schreiben des Vaters vom 17. Mai 2010 ändert daran in der vorliegenden speziellen Situation auch nichts, **dass die Mutter kein Abänderungsverfahren gemäss Art. 13 Abs. 1 BG-KKE angestrengt hat**, zumal infolge des offenbar seit langem bestehenden Aufenthaltes oder gar Wohnsitzes in Deutschland die schweizerische Zuständigkeit für eine solche Abänderung in höchstem Grad zweifelhaft ist (vgl. E. 2) ».

6. Le Tribunal fédéral a été saisi **cinq fois d'un recours formé** à l'encontre d'une décision du tribunal cantonal qui, lui-même saisi d'une requête en modification, l'avait rejetée.

7. Une **seule fois** – dans l'affaire helvético-espagnole tranchée en 2017, déjà évoquée – la requête a été admise, à la fois par le tribunal cantonal, par deux fois, et par le Tribunal fédéral, si bien que le retour de l'enfant vers l'Espagne avait été définitivement refusé. L'enfant, dont le séjour en Suisse s'était **prolongé pendant vingt mois**, en raison aussi du fait que la mise en œuvre de l'ordre de retour avait échoué, était désormais opposé au retour et cette opposition, certifiée par deux expertises psychologiques détaillées, a paru satisfaire aux conditions de l'article 13 al. 2 LF-EEA pour être déterminante.

Affaire helvético-espagnole, ATF 5A_666/2017, du 27.09.2017 in FamPra.ch 2018 p. 249 ss, 252 s. Nr. 9),

« 2. Nicht (mehr) umstritten ist, dass die Mutter das Kind seinerzeit widerrechtlich aus Spanien entführt hat und **es nach wie vor widerrechtlich in der Schweiz zurückhält**. Ebenso wenig wird vorgebracht, dass (heute) die Rückführung des Kindes nach Spanien für dieses eine schwerwiegende Gefahr im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ bedeuten könnte. **Streitgegenstand ist einzig, ob das Kind sich der Rückgabe widersetzt und es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen** (Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Dieser Ausschlussgrund wurde im ursprünglichen Rückführungsverfahren nicht geltend gemacht (vgl. Urteil 5A_513/2016 vom 12. August 2016), sondern **erst im Rahmen eines auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE gestützten Abänderungsverfahrens** (vgl. Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017).

Art. 13 Abs. 1 BG-KKE setzt für die Änderung des Rückführungsentscheides voraus, dass **sich seither die einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben**. Die Botschaft zum BG-KKE hält fest, diesfalls müsse es ähnlich wie bei Kindesschutzmassnahmen auch in Bezug auf den Rückführungsentscheid **in engen Grenzen möglich sein, eine Neubeurteilung vorzunehmen, wobei eine solche Situation in der Regel nur dann auftrete, wenn zwischen dem Entscheid und dem Vollzug eine gewisse Zeit verstrichen sei** (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007, BBl 2007 2627).

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass das Kantonsgericht auf das Abänderungsgesuch nicht hätte eintreten dürfen, weil zwischen der Rückführungsanordnung und dem unmittelbar darauf gestellten Abänderungsbegehren **ungenügend viel Zeit verstrichen sei und sich der Sachverhalt nicht verändert habe**. Indes ist nicht der Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuches, **sondern**

der Urteilszeitpunkt massgebend. Dies gilt nicht nur für materielle Kinderbelange (vgl. etwa BGE 142 III 502 E. 2.7 S. 515; Urteile 5A_106/2016 vom 7. Juni 2016 E. 3.2 und 3.4; 5A_955/2015 vom 29. August 2016 E. 3), sondern **auch für die Rückführung eines Kindes, wie bereits im Urteil 5A 149/2017 vom 19. April 2017 E. 2** festgehalten worden ist. Die vorliegend zu treffende Entscheidung kann mithin nicht dadurch indiziert sein, dass die seinerzeitige Rückführungsanordnung offensichtlich hätte vollzogen werden können und sollen, **dies aber letztlich daran gescheitert ist, dass die Polizei entgegen der im ursprünglichen Rückführungsentscheid aufgenommenen und der zuständigen Polizeistelle auch vom Bundesgericht eröffneten Vollzugsanordnung jegliche Hilfestellung verweigert hat; wie der Beschwerdeführer selbst festhält (Beschwerde, S. 28), ist dies ein dienstaufsichtsrechtliches Thema.** Ebenso wenig hatte das Bundesgericht Einfluss darauf, dass sich das Abänderungsverfahren entgegen dem in Rückführungsverfahren besonders zentralen Eilgebot (vgl. namentlich BGE 137 III 529 E. 2.2 S. 530 f.) derart in die Länge zog. Wie gesagt ist **von der heutigen Situation auszugehen**, welche – wie die noch folgenden Ausführungen zeigen – **grundlegend anders ist als diejenige im Zeitpunkt der Rückführungsanordnung** ».

8. Dans **trois autres affaires**, le Tribunal cantonal avait rejeté la requête et le Tribunal fédéral a confirmé la décision rejetant le recours et confirmant l'ordre de rapatriement de l'enfant. Les décisions par lesquelles la requête a été rejetée sont longues et détaillées, le Message est assez régulièrement cité, et les arguments dont se réclame le Tribunal fédéral pour refuser la requête paraissent plausibles.

- (i) Dans deux d'entre elles, le parent sollicitant la **révocation de la décision de retour** – la mère dans les deux cas – invoquait une évolution de la procédure judiciaire dans l'État co-intéressé, respectivement Espagne Espagne et aux Etats-Unis.
 - (a) Pour la première, impliquant elle aussi l'Espagne, la mère, qui sollicitait la révocation de l'ordre du retour, invoquait le fait d'avoir engagé une procédure judiciaire en Espagne et que celle-ci avait des chances d'aboutir à une décision lui permettant de rester temporairement ou définitivement en Suisse avec l'enfant, ce qui faisait craindre le risque d'un « double retour ». Le Tribunal fédéral approuve le Tribunal cantonal d'avoir constaté qu'il n'appartient pas au juge de l'État-refuge de s'adonner à un pronostic quant à ce que dira le juge de l'État co-intéressé, la procédure de retour visant à rétablir le statu quo ante.

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_847/2012 du 17.12.2012

« 3.1 La Corte cantonale ha considerato che **le nuove circostanze addotte nell'istanza di modifica 30 ottobre 2012 non fossero sufficienti** per revocare la decisione di ritorno del minore.

3.1.1 Essa ha considerato che il fatto che la ricorrente abbia verosimilmente promosso davanti alla giurisdizione spagnola **un'azione per modificare l'accordo** stipulato tra i genitori il 10 marzo 2011 (omologato dal giudice spagnolo il 24 marzo 2011) ed ottenere l'autorità parentale esclusiva sul figlio non legittimava la residenza di quest'ultimo in Svizzera, atteso che **non consta che l'autorità spagnola abbia accolto la richiesta, fosse solo a titolo cautelare o che abbia in qualche modo autorizzato il trasferimento del figlio in Svizzera contro la volontà del padre**. Quanto alla decisione 5 ottobre 2012 mediante la quale il giudice spagnolo ha **respinto la richiesta del padre di ottenere la custodia e l'autorità parentale esclusiva sul figlio**, la Corte cantonale ha considerato che essa non muta la situazione sulla quale è stata emanata la sentenza 13 luglio 2012 poi confermata dal Tribunale federale: la custodia del figlio spetta alla madre, mentre l'autorità parentale va esercitata congiuntamente.

3.1.2 I Giudici cantonali hanno poi considerato che lo **stato di malessere della madre**, attestato da certificati medici allegati all'istanza di modifica, sia legato

alla prospettiva di dover ricondurre il figlio in Spagna, e sia perciò una conseguenza dovuta al suo stesso comportamento e non ad una circostanza oggettiva estranea alla vicenda. I predetti certificati medici, del resto, sono **lungi dal rendere verosimile l'impossibilità di riaccompagnare il figlio in Spagna.**

3.2 La ricorrente, in sostanza, sostiene che la Corte cantonale **non avrebbe sufficientemente tenuto conto dei nuovi elementi** adottati con la sua istanza di modifica 30 ottobre 2012 e **lamenta la violazione dell'art. 13 cpv. 1 LF-RMA.**

3.2.1 La ricorrente afferma che i Giudici cantonali avrebbero **dovuto approfondire maggiormente la questione legata al "rischio di un doppio ritorno"**, soprattutto dopo essere venuti a sapere che i reali motivi del trasferimento del minore in Svizzera erano da ricondurre alla pericolosità dell'opponente e che **quest'ultimo aveva ommesso di precisare che in Spagna stava manovrando per togliere l'autorità parentale alla madre.** Nella procedura da lei avviata in Spagna per modificare l'accordo stipulato tra i genitori il 10 marzo 2011, il conferimento dell'autorità parentale esclusiva alla madre e l'autorizzazione a restare in Svizzera sarebbero, se non certi, **almeno verosimili.** Nella sentenza 5 ottobre 2012, che respinge l'istanza del padre volta ad ottenere la custodia e l'autorità parentale esclusiva sul figlio, il giudice spagnolo avrebbe infatti ritenuto **"che non sia raccomandabile strappare C. al suo ambiente per irrompere in quello paterno, sconosciuto al minore"**, ciò che dimostrerebbe che l'opponente non avrebbe la possibilità di mantenere l'autorità parentale congiunta.

Giova innanzitutto rilevare che la ricorrente si prevale in parte di fatti che non emergono dal giudizio contestato - tra i quali va in particolare menzionata l'asserita pericolosità dell'opponente - senza nemmeno tentare di dimostrare l'arbitrio nell'accertamento dei fatti (art. 97 cpv. 1 LTF; supra consid. 1.3). **Non è infatti sufficiente sostenere in modo apodittico, come fatto in concreto dalla ricorrente, di avere già indicato nell'istanza di modifica 30 ottobre 2012 di avere sporto denuncia penale per maltrattamenti** nei confronti dell'opponente e di avere già prodotto al proposito il doc. O, documento che concerne invece una condanna al pagamento di contributi alimentari. I presupposti per **eccezionalmente addurre fatti nuovi dinanzi al Tribunale federale non sono inoltre soddisfatti** (art. 99 cpv. 1 LTF; supra consid. 1.4). **Nella misura in cui si fonda su una fattispecie diversa da quella accertata nella sentenza impugnata, la censura si appalesa quindi inammissibile.**

Per il resto occorre osservare che il **fatto che in Spagna sarebbe ora pendente un'azione della ricorrente volta ad ottenere l'attribuzione dell'autorità parentale esclusiva sul figlio non rappresenta una circostanza atta ad ostacolare il rientro del minore** (e a modificare quindi l'ordine di ritorno), già per il motivo che **non spetta all'autorità chiamata a pronunciarsi sul ritorno di un minore effettuare una previsione della decisione che prenderà l'autorità competente dello Stato richiedente in merito al "diritto di custodia"** (ai sensi della CARap). Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, i Giudici cantonali **non potevano perciò approfondire la questione di un "rischio del doppio ritorno"**.

Nella misura in cui è ammissibile, l'argomentazione ricorsuale si appalesa pertanto infondata.

3.2.2 La ricorrente afferma che la decisione contestata sarebbe arbitraria laddove si permette di sindacare sul contenuto dei certificati medici e di fatto imputa alla ricorrente di essere la causa dei suoi mali. I Giudici cantonali non avrebbero tenuto conto del fatto che il suo **stato di malessere deriverebbe invece dai maltrattamenti che avrebbe subito dall'opponente.** I certificati medici prodotti attestano uno stato di malessere della ricorrente, ma **non dimostrano**

che sia sopraggiunta una sua impossibilità (duratura) di riaccompagnare il minore in Spagna, ciò che era già stato rilevato - senza arbitrio - dai Giudici cantonali. **Non si può pertanto affermare che vi sia stato un mutamento sostanziale delle circostanze nel senso dell'art. 13 cpv. 1 LF-RMA**. Inoltre, anche in questo caso l'argomentazione ricorsuale poggia in parte su fatti che non sono stati accertati nel giudizio impugnato. La censura si appalesa pertanto infondata nella misura della sua ammissibilità.

3.3 Alla luce di quanto precede, atteso che le circostanze che hanno motivato le decisioni di ritorno del minore **non sono sostanzialmente** mutate, a ragione la Corte cantonale ha ritenuto che la richiesta di revocare tale decisione fosse destituita di fondamento e l'ha respinta. Non merita invece approfondimento alcuno la domanda, formulata in questa sede ed in via subordinata dalla ricorrente, **di sospendere l'ordine di ritorno del minore sino a decisione definitiva della competente autorità giudiziaria spagnola in tema di determinazione delle nuove relazioni personali tra genitori e figlio. Una sospensione in tal senso non sarebbe infatti conforme allo scopo della CArap, che è quello di ripristinare lo status quo ante** (DTF 133 III 146 consid. 2.4), assicurando il ritorno immediato dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente in qualsiasi Stato contraente (art. 1 lett. a CArap) ».

- (b) Pour la deuxième, **impliquant les Etats-Unis**, la mère, qui n'avait pas la nationalité américaine, sollicitant la révocation de la décision invoquait le risque qu'une fois sur sol américain, elle serait interpellée et renvoyée en Suisse et que l'enfant lui serait retiré. Or précisément, le juge américain, et les autorités américaines d'immigration, avec l'aide de l'autorité centrale des Etats-Unis, avaient donné des garanties suffisantes que l'enfant resterait avec elle au cours de la procédure sur la garde.

Affaire helvético-américaine, 5A_80/2010, 22 mars 2010

« 3.2 Soweit vorgebracht wird, der zuständige amerikanische Richter habe «nach verbindlicher Auskunft der amerikanischen Rechtsvertreterin» nur den Order vom 4. August 2008, nicht aber denjenigen vom 29. Juli 2008 aufgehoben, weshalb der Vater immer noch über das alleinige Sorgerecht verfüge und den Sohn bei der Einreise in die USA sofort wegnehmen könne, **werden keine seit dem Rückführungsentscheid vom 16. April 2009 eingetretene neue Tatsachen geltend gemacht. Die Mutter hätte denn auch reichlich Gelegenheit gehabt, diese Behauptung bereits im Rückführungsverfahren zu erheben**, zumal ihr vor Erlass des Rückführungsurteils noch einmal das rechtliche Gehör gewährt wurde, **namentlich auch zu der Zusicherung des amerikanischen Richters vom 31. März 2009 und zu den Rückführungsbedingungen generell** (vgl. Urteil 5A_105/2009, E. 3.7). Im Übrigen hätte die Mutter den in der Sache gegenstandslosen Order vom 29. Juli 2008 seit langem formell aufheben lassen können; **der Vater ist im Übrigen mit einer formellen Aufhebung einverstanden, wie er in der Vernehmlassung explizit festhält**.

Nur der Vollständigkeit halber sei deshalb erwähnt, dass die Behauptung ohnehin auch in der Sache unzutreffend ist: Mit Order vom 29. Juli 2008, bestätigt am 4. August 2008, übertrug der amerikanische Richter die *physical custody* auf den Vater. Mit Schreiben vom 31. März 2009, auf welches im Rückführungsentscheid massgeblich abgestellt wurde, sicherte der amerikanische Richter jedoch zu, den Order vom 4. August 2008 aufzuheben, welchem Vorgehen der Vater ausdrücklich zugestimmt hatte. Der amerikanische Richter erklärte, dass damit der Status quo ante wiederhergestellt sei, wie er vor dem widerrechtlichen Verbringen des Kindes bestanden hatte: *the parents could return to a schedule where mother was the primary physical custodian of Z. _____, and father had periods of time with the child, but not serving as a primary custodian*. Auf die damit bewirkte Wiederherstellung des Status quo ante wurde in E. 3.6 und 3.7 des bundesgerichtlichen Rückführungsurteils vom 16. April 2009 hingewiesen. Diese

Sorgerechtslage bekräftigte der amerikanische Richter sodann im Order vom 21. Oktober 2009, wobei er darüber hinaus die Zusicherung abgab, dass die Mutter gemeinsam mit dem Sohn aus den USA ausreisen dürfe, wenn sie selbst aus aufenthaltsrechtlichen Gründen das Land verlassen müsste: *X. (hereinafter, "Mother") is awarded physical custody of the child, Z (hereinafter, "the child"), such that if Mother returns to the United States and involuntarily loses her right to remain in the country under the United States regulations for admittance of a non-citizen prior to the completion of the custody hearing before this Court and any appeals from the Custody Order entered by this Court following the custody hearing, then Mother shall have primary physical custody of the child and the child shall be permitted to return with Mother to Switzerland and remain in Mother's primary custody and care until the custody hearing and all appeals from the Custody Order entered by this Court following the custody hearing are completed.* Vor diesem Hintergrund scheint es abwegig, wenn die Mutter unter Hinweis auf ein Affidavit ihrer amerikanischen Anwältin behauptet, weil formell nur der spätere Order vom 4. August 2008, nicht aber der frühere vom 29. Juli 2008 aufgehoben worden sei, könne der Vater nach der Einreise in die USA das Kind sofort wegnehmen und sie habe überhaupt keine Kontaktmöglichkeiten mehr zu ihrem Sohn.

3.3 Was den letztgenannten Order vom 21. Oktober 2009 anbelangt, ist sodann die Folgerung der Mutter nicht nachvollziehbar, in den USA könne ihr der Sohn deshalb sofort weggenommen werden, weil sie gemäss diesem Order lediglich die *physical custody* innehabt und nur bei drohender Ausreise die *primary physical custody* erhalte. Eine solche Interpretation geht offensichtlich am Sinn und Zweck der Erklärungen des amerikanischen Richters vom 31. März und 21. Oktober 2009 vorbei, wonach mit der Rückreise in die USA wiederum der Status quo ante bestehen und überdies sogar die Ausreise mit dem Kind erlaubt sein soll, wenn die Mutter ihren Aufenthaltsstatus in den USA verlöre. Nirgends wird hingegen zum Ausdruck gebracht oder auch nur angedeutet, dass das Kind während des Aufenthaltes der Mutter in den USA einfach in die Obhut des Vaters gegeben werden soll. **Was der zuständige amerikanische Sachrichter im Rahmen des Sorgerechtsverfahrens letztendlich materiell entscheiden wird, liegt gerade in dessen Zuständigkeitsbereich und nicht in demjenigen des Rückführungsrichters (Art. 16 HKÜ). Der zuständige amerikanische Richter hat denn auch immer wieder betont, dass er *in the best interest of the child* entscheiden werde, und er kann sehr wohl zum Schluss gelangen, dass dem Kindeswohl am besten gedient ist, wenn Z. mit der Mutter in der Schweiz lebt;** hierüber kann jedoch nach dem System des HKÜ einzig der im Herkunftsstaat zuständige Sachrichter und nicht der schweizerische Rückführungsrichter entscheiden...

5. Nach dem Gesagten **muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf eingetreten werden kann... »**

- (ii) Dans la troisième affaire, **helvético-mexicaine**, le père avait formé une requête en modification tendant à faire reconnaître que la fille, vivant dans la détresse, serait exposée à un danger en cas d'exécution du retour. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision du tribunal cantonal qui s'était largement fondée sur **une expertise psychologique** selon laquelle la fille sera en mesure de voyager en compagnie de la mère, avec laquelle elle entretenait une relation solide, et qu'en ce qui concerne la situation sécuritaire au Mexique, le retour dans le pays qui avait été le sien pendant presque dix ans n'aurait pas entraîné de charge traumatique pour elle, ce qui la déchirait étant plutôt les conflits entre les parents et les tentatives réciproques de diabolisation auxquels ils s'étaient adonnés.

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_539/2015 du 10.07.2015

« Fristgerecht angefochten ist der kantonale Abänderungsentscheid betreffend einen Rückführungsentscheid. **Der Abänderungsentscheid stützt sich auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE und ist in gleicher Weise anfechtbar wie der Rückführungsentscheid selbst.** Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen sind im Einzelnen erfüllt (Art. 72 Abs. 2 lit. B Ziff. 1 BGG, Art. 75 Abs. 2 lit. A BGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BG-KKE, Art. 90 BGG und Art. 100 Abs. 2 lit. C BGG).

2. Das Obergericht hat sich bei seinem Entscheid auf das ausführliche Gutachten von Dr. med. E. _____ gestützt, **welches dem Kind die Reisefähigkeit attestiert und eine schwere Schädigung durch die Rückführung verneint.** Gemäss Gutachten wurde C. _____ von allen Fachleuten, welche in F. _____ und in G. _____ mit ihr zu tun hatten, **als gesundes, aufgewecktes, für ihr Alter erstaunlich reifes und insgesamt sehr resilientes,** d.h. psychisch widerstandsfähiges Mädchen wahrgenommen, ohne dass Hinweise auf akute Selbstgefährdung zu erheben gewesen wären. Insbesondere habe C. _____ auch die **Flucht mit der Grossmutter nach Frankreich sowie die dortige Verhaftung und Rückführung in die Schweiz durch die Polizei gut verkräftet.** Grundsätzlich entspreche ihre Situation einem **heftigen Nachtrennungskonflikt.** Sie berichte über die Familiensituation wie folgt: **«Mein Vater sagt in mein rechtes Ohr schwarze Schokolade, meine Mutter in mein linkes Ohr weisse Schokolade und deshalb sage ich selbst braune Schokolade.»** Mit einem anderen Bild habe sie gemeint: **«Es ist, wie wenn mein Vater von rechts an meinen Haaren ziehen würde und meine Mutter von links.»** C. _____ meine, irgendwie müsse sie für den Vater und die Mutter schauen. Der Vater habe ihr auch schon vermittelt, **er könnte sich etwas antun, wenn sie nicht mehr bei ihm sei.** Darum gebeten, auf einer Linie anzuzeichnen, ob es sie eher zum Vater oder zur Mutter hinziehe, habe sie das Kreuz mit aller Klarheit genau in die Mitte der Linie gesetzt, **was bedeute, dass für sie beide Elternteile gleich wichtig seien. Sie leide stark unter der Situation, sei damit überfordert und wisse keinen Ausweg.** Die Frage nach dem **Kindeswillen** in Bezug auf einen Verbleib in der Schweiz oder einer Rückkehr nach Mexiko ziele am Problem von C. _____ vorbei: Ihr Wille sei vielmehr, **mit beiden Eltern in regelmässigem Kontakt zu sein, nachdem ihr kindgemäss grösster Wunsch nach Wiedervereinigung der Familie nicht erfüllbar sei. Mit dieser Perspektive sei sowohl ein Verbleib in der Schweiz unter Rückkehr der Mutter nach Mexiko als auch eine Rückkehr nach Mexiko ohne Vater nicht das, was ihrem Willen entspreche.** Würde sie von der väterlichen oder der mütterlichen Seite aktuell nach ihrem Willen befragt, **so sei zu erwarten, dass sie jeweils jene Antwort geben würde, von der sie meine, dass man sie von ihr erwarte.** In Beantwortung der konkreten Fragen des Gerichts hielt der Gutachter schliesslich fest, dass C. _____ derzeit reisefähig und auch ihre körperliche Fähigkeit zu einer Flugreise etabliert sei. Die Frage nach einer ernsthaften und dauernden psychischen oder physischen Schädigung beantwortete er dahingehend, **dass die starke Ablehnungshaltung gegenüber der Mutter hinfällig sei, weil C. _____ sehr schnell und spontan mit der Mutter Kontakt verlangt habe,** als sie verstanden gehabt habe, dass dies für sie wichtig sei, und in der Folge weder aus den Aussagen ihm gegenüber noch aufgrund der Beobachtungen der Betreuungspersonen Hinweise auf eine Ablehnungshaltung gegenüber der Mutter festzustellen gewesen seien. In Bezug auf die Frage nach kindsgerechter Rückführung bei einer Abwehrhaltung hielt der Gutachter fest, dass **eine problemlose Umsetzung möglich sei, wenn sich die Eltern auf eine gemeinsame Position einigen könnten,** während andernfalls die Gefahr eines Widersetzens weiterhin bestehen könne, jedenfalls soweit C. _____ **nicht glaubhafte Garantien habe, dass sie auch zum Vater regelmässigen Kontakt behalten könne.** Die Frage nach der Gefahr einer ernsthaften und dauernden Gesundheitsschädigung bei Vollzug der Rückführung beantwortete der Gutachter dahingehend, **dass eine psychische Schädigung primär vom heftigen Nachtrennungskonflikt zu erwarten sei; die Rückkehr nach Mexiko gegen den Willen des Vaters und die daraus resultierenden Folgen seien in diesem Kontext zu sehen.**

Das Obergericht hat befunden, dass an der Rechtmässigkeit und Richtigkeit des Gutachtens keine Zweifel bestünden und die vom Vater dagegen vorgebrachten Einwände haltlos seien, soweit sie nicht ohnehin an der Sache vorbezielten. Aus dem Gutachten ergäben **sich keine nachträglich geänderten Umstände, die einer Rückführung von C. in Begleitung ihrer Mutter entgegenstünden. Sie könne die Rückreise bewältigen und verfüge zu ihrer Mutter ebenso wie zu ihrem Vater über eine tragfähige Beziehung. Ihr psychischer Gesundheitszustand hänge allein davon ab, ob und inwieweit es den Eltern gelinge, den regelmässigen Kontakt zu ermöglichen und den jeweils anderen Elternteil nicht zu dämonisieren.** Mit Bezug auf die Sicherheitslage in Mexiko bestehe keine traumatische Belastung für C.; auch hier hätten sich keine Änderungen ergeben.

In Bezug auf die Kindgerechtigkeit des Vollzuges hat das Obergericht erwogen, es sei dem Umstand Rechnung zu tragen, **dass C. ausser dem Kinderpsychiater ihren Kinderanwalt als Vertrauensperson bezeichnet habe. Es sei diesem daher zu ermöglichen, C. zum Flug zu begleiten, soweit dies die kantonale Vollzugsbehörde als nötig und sachdienlich erachte.**

Im Zusammenhang mit den persönlichen Kontakten zwischen Vater und Kind hat das Obergericht schliesslich erwogen, dass sich die Eltern nicht einigen können und auch im Gutachten **kindswohlgefährdende Beeinflussungsversuche durch den Vater erstellt seien, weshalb persönliche Kontakte zu belastend für das Kind erschienen.** Es sei daher **grundsätzlich an der mit Entscheid vom 29. Mai 2015 aufgestellten Kontaktregelung festzuhalten,** soweit sich die Vollzugsbehörde aufgrund der tatsächlichen Umstände zu keinem gegenteiligen Vorgehen veranlasst sehe... ».

Démarches envisageables

On peut se demander s'il ne serait pas utile

- (i) de préciser que l'enfant devrait se voir désigner un curateur ou une curatrice selon l'article 9 LF-EEA **également dans le cadre de la procédure engagée en vertu de l'article 13 LF-EEA**, ce point n'ayant pas été tranché par le Tribunal fédéral ;
- (ii) lorsque les nouveaux développements de la procédure judiciaire dans l'État de la résidence sont invoqués en vertu de l'article 13 LF-EEA, d'encourager le Tribunal cantonal à **activer le mécanisme de collaboration inter-juridictionnelle prévu par l'article 10 LF-EEA**, et de prendre contact, au besoin par l'intermédiaire des Autorités centrales ou des juges de liaison, avec le tribunal de l'État co-intéressé en charge de la procédure sur la garde pour, selon les circonstances
 - (a) proposer un « *échange de vues* » autour d'un **éventuel transfert de compétence** selon l'article 9 de la Convention de La Haye de 1996 si l'État co-intéressé est un État contractant de celle-ci – comme c'est le cas de tous les États de l'Union européenne et du Royaume-Uni et de vingt-cinq autres pays – ou
 - (b) proposer un échange de vues autour de l'opportunité pour le juge de l'État co-intéressé de prononcer une **mesure provisoire autorisant l'enfant à prolonger son séjour en Suisse jusqu'à l'achèvement de la procédure** ou
 - (c) lui soumettre ses observations sur la manière dont le **conflit entre les parents pourrait être résolu**, et ce d'une manière semblable à ce que prescrit l'article 11 al. 5 du Règlement Bruxelles II-bis, s'agissant des relations entre les États membres de l'Union européenne.

12. Frais (art. 14 LF-EEA)

Article 14 – Frais

Les art. 26 CLaH 80 et 5, ch. 3, CE 80, sont applicables aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation et à ceux des procédures judiciaires et des procédures d'exécution menées aux niveaux cantonal et fédéral.

Article 26 CLaH 1980

1. Chaque Autorité centrale supportera ses propres frais en appliquant la Convention.
2. L'Autorité centrale et les autres services publics des États contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention. Notamment, ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat. Cependant, ils peuvent demander le paiement des dépenses causées ou qui seraient causées par les opérations liées au retour de l'enfant.
3. Toutefois, un État contractant pourra, en faisant la réserve prévue à l'art. 42, déclarer qu'il n'est tenu au paiement des frais visés à l'alinéa précédent, liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou aux frais de justice, que dans la mesure où ces coûts peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire et juridique.
4. En ordonnant le retour de l'enfant ou en statuant sur le droit de visite dans le cadre de la Convention, l'autorité judiciaire ou administrative peut, le cas échéant, mettre à la charge de la personne qui a déplacé ou qui a retenu l'enfant, ou qui a empêché l'exercice du droit de visite, le paiement de tous frais nécessaires engagés par le demandeur ou en son nom, notamment des frais de voyage, des frais de représentation judiciaire du demandeur et de retour de l'enfant, ainsi que de tous les coûts et dépenses faits pour localiser l'enfant.

Art. 5 Convention de Luxembourg de 1980

1. L'autorité centrale de l'État requis prend ou fait prendre dans les plus brefs délais toutes dispositions qu'elle juge appropriées, en saisissant, le cas échéant, ses autorités compétentes, pour:
 - a. retrouver le lieu où se trouve l'enfant;
 - b. éviter, notamment par les mesures provisoires nécessaires, que les intérêts de l'enfant ou du demandeur ne soient lésés;
 - c. assurer la reconnaissance ou l'exécution de la décision;
 - d. assurer la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution de la décision est accordée;
 - e. informer l'autorité requérante des mesures prises et des suites données.
2. Lorsque l'autorité centrale de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant se trouve dans le territoire d'un autre État contractant, elle transmet les documents à l'autorité centrale de cet État, par voie directe et sans délai.
3. A l'exception des frais de rapatriement, chaque État contractant s'engage à n'exiger du demandeur aucun paiement pour toute mesure prise pour le compte de celui-ci en vertu du paragraphe 1 du présent article par l'autorité centrale de cet État, y compris les frais et dépens du procès et, lorsque c'est le cas, les frais entraînés par la participation d'un avocat.

Extrait du Message à la LF-EEA (FF 2007 2469)

6.13 Frais (art. 14)

« Cette disposition se réfère à l'article 26 CLaH 80 et à l'art. 5, par. 3, CE 80 qui disposent que l'activité de l'autorité centrale et des tribunaux est, en principe, sans frais pour les parties. A cela, il convient d'ajouter que, dans le cadre des procédures couvertes par la CLaH 80, les tribunaux suisses n'accordent pas la gratuité si l'Etat requérant a formulé une réserve quant à l'application de ce principe (art. 26, par. 2, en liaison avec l'art. 42 CLaH 80, règle de la réciprocité). L'art. 14 du projet de loi précise – et c'est là une modification par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral – que les recours formés devant celui-ci font également partie de la procédure au sens de l'art. 26, par. 2, CLaH 8050. Telles que prévues, les améliorations de la procédure peuvent engendrer des coûts supplémentaires. Nous pensons notamment à ceux qu'occasionneront la mise en place et le recours au réseau d'experts (art. 3), la procédure de conciliation ou la médiation (art. 4) et l'octroi de contributions financières aux parties qui ont introduit une demande de retour pour leur permettre de se rendre en Suisse afin d'y être entendues. Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain que l'on obtiendra si l'on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un accord amiable. **Non seulement on épargnera ainsi de grandes souffrances à l'enfant**, mais encore on évitera aux autorités étatiques et aux services sociaux ainsi qu'aux assurances les frais liés à l'exécution d'un retour forcé, frais qui peuvent perdurer même après le retour de l'enfant si celui-ci doit subir des préjudices psychiques ou physiques dont la réparation sera inéluctablement à la charge des pouvoirs publics ou des assurances ».

Extraits du Rapport explicatif à la CLaH 1980 de E. Pérez-Vera

Article 26 – Frais découlant de l'application de la Convention

« 134. Le principe exprimé au premier alinéa, d'après lequel chaque Autorité centrale assumera ses propres frais en appliquant la Convention, n'a pas rencontré d'opposition. Il implique avant tout qu'une Autorité centrale ne peut pas réclamer ces frais à une autre Autorité centrale. Quant à savoir quels sont les frais visés, il faut convenir qu'ils dépendront des services réels offerts par chaque Autorité centrale, en accord avec les possibilités d'action que lui reconnaît la loi interne de l'État concerné.

135. Par contre, le second alinéa a trait à l'un des points les plus controversés au cours de la Quatorzième session et qui a finalement été résolu par l'acceptation de la réserve figurant au troisième alinéa de ce même article. En effet, on n'a pu mettre fin à la controverse entre les délégations qui voulaient assurer au demandeur la gratuité totale dans l'application de la Convention (en incluant l'exonération des frais et dépens non couverts par le système d'assistance judiciaire et juridique, qui pourraient découler d'un procès ou éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat), et les délégations favorables à la solution contraire retenue dans l'avant-projet, que par l'inclusion d'une réserve en faveur des secondes. La raison en est que, étant donné que les différents critères prenaient leurs racines dans la structure des systèmes juridiques impliqués, toute tentative de faire prévaloir, en termes absolus, une position sur l'autre, aurait conduit à l'exclusion a priori de la Convention d'un certain nombre d'États; or, personne ne souhaitait un tel résultat. Par contre, l'accord a été total en ce qui concerne la norme incluse dans la dernière phrase du deuxième alinéa, qui autorise les Autorités centrales à «demander le paiement des dépenses causées ou qui seraient causées par les opérations liées au retour de l'enfant ».

136. Le quatrième alinéa incorpore une disposition de nature tout à fait différente, en vertu de laquelle les autorités compétentes internes peuvent mettre à la charge de «l'enleveur» ou de celui qui empêche l'exercice du droit de visite, le paiement de certains frais engagés par le demandeur ou en son nom, notamment «des frais de voyage, des frais de représentation judiciaire du demandeur et de retour de l'enfant, ainsi que tous les

coûts et dépenses faits pour localiser l'enfant». *Mais étant donné qu'il s'agit d'une norme simplement facultative, qui respecte le pouvoir d'appréciation concrète des tribunaux dans chaque cas d'espèce, sa portée semble être surtout symbolique, celle d'un éventuel élément de dissuasion d'une conduite contraire aux objectifs conventionnels ».*

Extrait du Rapport explicatif à la Convention de Luxembourg de 1980

26. *En vertu de l'article 5, l'autorité centrale de l'État requis a le pouvoir de saisir directement, dans les cas appropriés, ses autorités compétentes....*

29. *En vertu du paragraphe 3, si le requérant a eu recours à une autorité centrale il ne sera exposé au remboursement d'aucuns frais même s'il vient à être débouté. Cette solution a été adoptée étant donné que, dans de très nombreux cas où la Convention est appelée à être appliquée, on se trouve en présence de personnes de condition modeste. Une exception a toutefois été faite en ce qui concerne les frais de rapatriement, qui ne sont pas à supporter par l'État requis.*

Questions posées

Mise en œuvre

12.1. De quelle manière et dans quelle mesure l'art. 14 est-il effectivement appliqué par les autorités (y compris par l'autorité centrale fédérale en ce qui concerne les procédures de médiation pré-judiciaire) et les tribunaux suisses ? Quelles autorités accordent la gratuité et pour quelles étapes de la procédure ?

Efficacité

12.2. Cette mesure en pratique s'est-elle avérée efficace pour mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans la procédure de retour ?

12.3. Cette disposition est-elle connue des autorités et personnes intéressées ?

Analyse

1. L'analyse qui suit a été cantonnée aux décisions du Tribunal fédéral se rapportant à l'article 14 LF-EEA, et à celles des décisions se rapportant à l'article 26 CLaH 80 et à l'article 5 ch. 3 CE 1980 qui ont été rendues *postérieurement* à l'entrée en vigueur de la LF-EEA. Les décisions du Tribunal fédéral appliquant l'article 26 CnvLH 1980 et l'article 5 ch. 3 CE 1980 qui ont été rendues *avant* l'entrée en vigueur de la LF-EEA sont restées en dehors de l'investigation.

2. **Une vingtaine de décisions fédérales** semblent particulièrement pertinentes au sujet de l'article 14 LF-EEA, de l'article 26 LF-EEA et, dans une moindre mesure, de l'article 5 ch 3 CE 1980.

3. Il convient, d'abord, de rendre compte des **principes** que le Tribunal fédéral a dégagé de l'article 14 LF-EEA et de l'article 26 LF-EEA auquel celui-ci renvoie. (1). Il convient ensuite de vérifier comment le Tribunal s'y est pris pour les mettre en œuvre dans les affaires où il était question d'un recours reprochant au **tribunal cantonal de les avoir violés** (2).

1. Principes énoncés par le Tribunal fédéral

4. Il est utile de distinguer entre frais se rapportant à la procédure *pré-judiciaire*, notamment de médiation et de conciliation (2.1), frais se rapportant à la procédure judiciaire devant le *Tribunal cantonal* en tant qu'instance cantonale unique (2.2), frais se rapportant à la procédure judiciaire devant le *Tribunal fédéral* (2.3), et frais se rapportant à la *procédure d'exécution* (2.4).

1.1. Procédure préjudiciaire

5. Aucune des décisions analysées n'a dû statuer sur les frais se rapportant à la procédure *préjudiciaire*, même s'il arrive parfois que le Tribunal fédéral rappelle que le principe de la gratuité posé par l'art. 26 al. 2 CLaH 80 « **est applicable aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation** ».

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 4.2.1... Cette disposition [l'art. 26 al. 2 CLaH80], **qui s'applique aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation et à ceux des procédures judiciaires et des procédures d'exécution menées aux niveaux cantonal et fédéral (art. 14 LF-EEA... ».**

1.2. Procédure judiciaire devant le Tribunal *cantonal*

6. Il convient de distinguer selon que l'État vers lequel le retour est sollicité a formulé la **réserve** au sens de l'article 26 al. 3 CLaH 80 (1.2.1) ou ne l'a pas formulée (1.2.2).

1.2.1 L'État vers lequel le retour est sollicité à fait la réserve de l'art. 26 al. 3 CLaH 80

7. Voici quelques principes fixés par le Tribunal fédéral concernant les frais se rapportant à la **procédure judiciaire devant le Tribunal cantonal** lorsque le retour est sollicité vers un **État qui n'a pas fait la réserve de l'article 26 al. 3** (à l'instar de l'Italie, de l'Espagne, de la Hongrie, de la Serbie, de la Thaïlande, du Chili, de l'Australie, etc.).

(i) Aux termes de l'article 26 al. 2 CLaH 80, les tribunaux des États contractants ne peuvent réclamer du parent qui sollicite le retour de l'enfant **le paiement des frais judiciaires pas plus que les frais entraînés par la participation d'un avocat.**

Affaire helvético-australienne : ATF 5A_301/2019 du 25.6.2019

« 7.1. Aux termes de l'art. 26 al. 2 CLaH80, les États contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention; notamment **ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat.**

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 4.2.1 Selon l'art. 26 al. 2 CLaH80, les autorités judiciaires et administratives des États contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention; notamment, **ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat** ».

- (ii) Les frais judiciaires ne sauraient être mis à la charge du parent requérant alors même que la requête en retour que celui-ci a formée **est rejetée du fait que la CLaH 1980 n'est pas applicable**, l'enfant ayant eu sa résidence habituelle en Suisse avant la prétendue rétention illicite.

Affaire helvético-gréco-émirienne ATF, 5A/164/2013, 18 avril 2013.

« Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. In Rückführungsverfahren werden gestützt auf Art. 26 Abs. 2 HKÜ keine Gerichtskosten erhoben und den Parteien - abgesehen von der Ausnahme bei einer Rückführungsverpflichtung (vgl. Art. 26 Abs. 4 HKÜ) - keine gegenseitigen Parteikosten auferlegt, **was sinngemäss auch für ein Putativ-Rückführungsverfahren gelten muss.** Infolge Entschädigung durch die Gerichtskasse ist das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos ».

Affaire helvético-hongroise : ATF 5A_193/2023 du 06.04.2023

« 4.1. Giusta l'art. 14 LF-RMA, l'art. 26 CARap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale ».

- (iii) S'agissant de la **Convention de Luxembourg de 1980**, la gratuité prévue par l'**article 5 ch. 3** de celle-ci, auquel l'article 14 LF-EEA se rapporte expressément, **ne s'applique que si la demande de retour est transitée par l'Autorité centrale.**

Affaire helvético-belge : ATF 5A_90/2013 du 27.06.2013

« 5. Le recourant fait enfin grief à la **cour cantonale d'avoir mis des frais et des dépens à sa charge.**

L'art. 5 par. 3 de la Convention de Luxembourg prévoit que, à l'exception des frais de rapatriement, chaque État contractant s'engage à n'exiger du demandeur aucun paiement pour toute mesure prise par l'autorité centrale pour le compte de celui-ci - dont celle tendant à assurer la reconnaissance et l'exécution de la décision (art. 5 par. 1 let. c de la Convention de Luxembourg) -, y compris les frais et dépens du procès et, lorsque c'est le cas, les frais entraînés par la participation d'un avocat. **Le demandeur doit néanmoins avoir eu recours à l'autorité centrale pour prétendre à la gratuité de la procédure** (arrêt 5P.71/2000 du 8 mars 2000 consid. 3a et les références; rapport explicatif du Conseil de l'Europe sur la Convention de Luxembourg, n. 29 ad art. 5 de la convention). **Dès lors que le recourant s'est en l'espèce directement adressé à la cour cantonale, sans l'intervention de l'autorité centrale, c'est par conséquent à juste titre que la cour cantonale lui a mis des frais et dépens à charge** ».

- (iv) L'article 26 al. 2 CLaH 80 « exige en principe **la gratuité absolue de la procédure de retour pour la partie requérante** ».

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 4.2.1... Cette disposition [l'art. 26 al. 2 CLaH80], qui s'applique aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation et à ceux des procédures judiciaires et des procédures d'exécution menées aux niveaux cantonal et fédéral (art. 14 LF-EEA), **exige en principe la gratuité absolue de la procédure de retour pour la partie requérante**. Si la requête tendant au retour de l'enfant est rejetée, **le demandeur ne peut être condamné à payer les frais de procédure de la partie adverse**, à moins que l'État dont elle est ressortissante ait fait une réserve au sens de l'art. 26 al. 3 CLaH80 ».

Affaire helvético-espagnole : 5A_441/2010 du 07.07.2010 cons. 6 ss)

« 6. Selon l'art. 26 al. 2 CEIE... Cette disposition, qui s'applique aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation et à ceux des procédures judiciaires et des procédures d'exécution menées aux niveaux cantonal et fédéral (art. 14 LF-EEA), **exige en principe la gratuité absolue de la procédure de retour pour la partie requérante** ».

- (v) La gratuité de principe de la procédure de retour et accordée **indépendamment de la situation financière des parties et ne doit pas être confondue avec de l'assistance judiciaire gratuite**.

Affaire helvético-chilienne : ATF, 5A_997/2018, 11 janvier 2019

« 4. Die konventionsweise vorgesehene grundsätzliche Kostenlosigkeit des Rückführungsverfahrens besteht **unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Parteien** und darf nicht mit dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege vermengt werden.

Dans cette affaire, qui mettait en cause deux ressortissants chiliens, parents d'une petite fille née en 2010, le Tribunal fédéral prend soin de préciser que le requérant, le père, gagnait, selon ses propres dires, **350 000 francs par an** et que la mère, auteur de l'enlèvement, **disposait d'une fortune propre d'environ 1 million de francs** et d'une fortune conjugale, avec son mari, d'environ 20 millions de francs. **L'article 26 al. 2 CLaH 80 profite également aux requérants fortunés.**

- (vi) La **gratuité** s'étend également aux « ***frais dus à la participation d'un avocat*** », et ce non seulement lorsque la participation des avocats **a été prescrite par l'autorité, mais aussi lorsque les parties décident de manière autonome de se faire représenter.**

Affaire helvético-chilienne : ATF, 5A_997/2018, 11 janvier 2019

« 4... **Über den strikten Wortlaut hinaus wendet das Bundesgericht die Bestimmung gemäss ihrem Sinn und Zweck** (vgl. dazu Explanatory Report von PÉREZ-VERA, Rz. 135) dahingehend an, dass es die beteiligten Rechtsanwälte auch dann aus der Bundesgerichtskasse entschädigt, **wenn diese nicht beigeordnet, sondern von den Parteien auf freier Mandatsbasis mit der Interessenwahrung beauftragt worden sind**. Dies gilt grundsätzlich **auch für die kantonalen Gerichte**, wobei sie diesbezüglich - obwohl es wie gesagt nicht um unentgeltliche Rechtspflege geht - reduzierte Tarife anwenden dürfen (Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 E. 6) ».

Affaire helvético-hongroise : ATF 5A_193/2023 du 06.04.2023

« 4.1. Giusta l'art. 14 LF-RMA, l'art. 26 CArap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale. **Secondo l'art. 26 cpv.** A meno che uno degli Stati coinvolti abbia formulato una riserva fondandosi sull'art. 26 cpv. 3 CArap, l'art. 26 cpv. 2 CArap prevede la gratuità della procedura di ritorno di un minore. L'istante che risulta soccombente non può quindi essere condannato al pagamento delle "spese processuali e ripetibili". **La gratuità si estende poi anche**

alle "spese dovute alla partecipazione di un avvocato", e non soltanto laddove i legali delle parti siano stati designati dall'autorità, ma anche quando siano stati scelti dalle parti quali avvocati di fiducia (v. sentenza 5A_997/2018 dell'11 gennaio 2019 consid. 4) ».

On constate à ce sujet **un revirement** par rapport à une ancienne décision du mois de **novembre 2009**, qui avait conclu que les parties qui se font représenter de manière autonome ou indépendante doivent supporter les frais de leur propre avocat.

Affaire helvético-serbe : ATF 5A_583/2009 du 10.11.2009

« 5.2 La procedura con la quale viene chiesto il ritorno del minore è gratuita (art. 26 cpv. 2 CArap), motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie. Con riferimento **agli onorari dei legali, la predetta gratuità si estende unicamente alla partecipazione di un avvocato ordinata dall'autorità coinvolta. Chi si lascia invece patrocinarne volontariamente, rispettivamente in modo indipendente, come è il caso per la ricorrente deve assumersi i costi del proprio legale**, a meno che non siano dati i presupposti del diritto nazionale per il gratuito patrocinio (DTF 134 III 88 consid. 5, non pubblicato) ».

- (vii) Si les parties ont le droit, aux termes de l'article 26 al. 2 CLaH 80, aux indemnités pour **la participation d'un avocat**, lorsque le Tribunal cantonal ne les alloue pas au mépris de l'article 26 al. 2, **le Tribunal fédéral ne saurait réformer la décision cantonale sur ce point dès lors que le recourant n'en a pas fait la demande, l'article 107 al. 1 LTF** empêchant un tel contrôle.

Affaire helvético-hongroise : ATF 5A_193/2023 du 06.04.2023

« In virtù dell'art. 26 cpv. 2 CArap, entrambe le parti avrebbero invero avuto diritto alla copertura delle proprie spese di patrocinio nella sede cantonale. In assenza di una specifica conclusione, **il Tribunale federale non può però riformare la sentenza cantonale nel senso di porre a carico dello Stato del Cantone Ticino anche le spese di patrocinio del ricorrente** (v. art. 107 cpv. 1 LTF).

- (viii) Si le **requérant obtient gain de cause**, l'art. 26 al. 4 CLaH 80 prévoit la **possibilité de mettre à la charge de la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant de manière illicite les frais de l'avocat du requérant**. Selon une pratique qualifiée de « *constante* », le Tribunal cantonal dispose d'une **marge d'appréciation que le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec retenue**.

Affaire helvético-hongroise : ATF 5A_193/2023 du 06.04.2023

« 4... **Se l'istante risulta vincente, l'art. 26 cpv. 4 CArap prevede tuttavia la possibilità di accollare spese alla persona che ha illecitamente trasferito o trattenuto il minore**.

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 1.3 Si la requête tendant au retour de l'enfant est rejetée, **le demandeur ne peut être condamné à payer les frais de procédure de la partie adverse**, à moins que l'Etat dont elle est ressortissante ait fait une réserve au sens de l'art. 26 al. 3 CLaH80 (arrêts 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6, 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3). Or, ni la Suisse, ni l'Italie n'ont fait de réserve en ce sens (arrêt 5A_119/2011 du 29 mars 2011 consid. 8.3). En revanche, si **la requête est admise et le retour de l'enfant ordonné, l'autorité judiciaire ou administrative peut mettre à la charge de la personne qui a déplacé l'enfant, le paiement de tous frais nécessaires engagés par le demandeur ou en son nom, notamment des frais de voyage, des frais de représentation judiciaire du demandeur et de retour de l'enfant, ainsi que de tous les coûts et dépenses faits pour localiser l'enfant** ».

Dans un tel cas, si le parent ravisseur sollicite et obtient l'**assistance judiciaire**, il ne peut être condamné à verser les frais indiqués à l'article 26 al. 4 à l'exception « **des dépens à la partie adverse** » selon l'article 118 al. 3 du Code de procédure civile.

Affaire helvético-chilienne, ATF, 5A_997/2018, du 11 janv. 2019

« Als Alternative zur Bestreitung sämtlicher Kosten aus der Gerichtskasse **eröffnet Art. 26 Abs. 4 HKÜ dem Sachgericht - wobei diesem hierbei viel Ermessen zukommt** (vgl. Explanatory Report, Rz. 136; Urteil 5A_429/2015 vom 22. Juni 2015 E. 7) - die Möglichkeit, die Vertretungskosten des gesuchstellenden Teils dem zur Rückführung verpflichteten Elternteil aufzuerlegen. Diesfalls kann eine prozessarme Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen, in dessen Rahmen aber nur die Kosten der eigenen Vertretung (vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO), nicht auch die übrigen in Art. 26 Abs. 4 HKÜ erwähnten Kosten übernommen werden können (Urteil 5A_429/2015 vom 22. Juni 2015 E. 7) ».

Dans cette affaire, le tribunal cantonal de Schwyz, qui avait ordonné le retour de l'enfant au Chili, en se référant à l'art. 26 al. 2 CLaH 80, n'avait pas perçu de frais de justice, respectivement avait mis les frais de justice (y compris l'indemnisation du représentant de l'enfant), fixés à 11'867.70 francs, à la charge de la caisse de l'Etat (ch. 7). **En revanche, il avait obligé la mère, sur la base de l'art. 26 al. 4 CLaH 80, à verser au père demandeur une indemnité de partie fixée à Fr. 9'600 (ch. 8) et les frais de déplacement de Fr. 2'446 (ch. 9).**

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_429/2015 du 22.6.2015

« 7. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, das Obergericht **habe die "kann-Vorschrift" von Art. 26 Abs. 4 HKÜ unrichtig angewandt, indem es ihm sämtliche Kosten** (welche mit separater Verfügung noch im Einzelnen bestimmt werden) auferlegt habe. Das HKÜ-Verfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), **wobei dieser Grundsatz für alle Instanzen gilt** (Art. 14 BG-KKE). Soweit jedoch die Rückgabe des Kindes angeordnet wird, können der Person, die das Kind verbracht oder **zurückgehalten hat, soweit angezeigt die Erstattung der dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegt werden**, wozu insbesondere die Reisekosten, alle Kosten oder Auslagen für das Auffinden des Kindes, Kosten der Rechtsvertretung des Antragstellers und Kosten für die Rückgabe des Kindes gehören (Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

Art. 26 Abs. 4 HKÜ eröffnet dem Sachgericht **ein weites Ermessen, in welches das Bundesgericht nach ständiger Praxis nur mit grosser Zurückhaltung eingreift** ».

Il arrive que, compte tenu de la condition économique « probable » des parties, et des coûts qu'entraînera le retour, le Tribunal fédéral, **même en l'absence d'une requête en assistance judiciaire, met la charge du parent condamné** à retourner l'enfant non pas *tous* les frais évoqués à l'article 26 al. 4 CLaH 80, mais certains seulement, par exemple les frais de son propre avocat.

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_ 5A_537/2012, 20 sept. 2012

« 7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen im Grundsatz abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Es werden keine Gerichtskosten gesprochen und der Rechtsvertreter des um Rückführung ersuchenden Elternteils ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), ebenso die Rechtsvertreterin des Kindes, deren Aufwand zu den Gerichtskosten gehört. **Angesichts der mutmasslichen ökonomischen Verhältnisse und der anfallenden Kosten im Zusammenhang mit einer**

allfälligen Rückkehr ist von der Möglichkeit abzusehen, sämtliche Kosten der unterliegenden rückführungsverpflichteten Partei aufzuerlegen (Art. 26 Abs. 4 HKÜ); immerhin scheint es gerechtfertigt, **sie mangels eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege die Kosten ihrer eigenen Vertretung tragen zu lassen** ».

- (ix) L'art. 26 al. 2 CLaH 1980 dit uniquement que l'État doit en principe supporter les frais de représentation des parties à la CLaH 80 ; la Convention ne se prononce pas sur la détermination des montants de tels frais, **si bien qu'une telle détermination s'opère en vertu des tarifs cantonaux pertinents** (cf. art. 96 CPC, selon lequel « *Les cantons fixent le tarif des frais* »), dont **l'application arbitraire** peut être contestée devant le Tribunal fédéral par des griefs substantiels (cf. art. 106 al. 2 LTF).

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_149/2017, 19 avril 2017

« Ohnehin wäre die Kritik auch inhaltlich untauglich. **Art. 26 Abs. 2 HKÜ sagt einzig, dass im Grundsatz der Staat die Kosten der Vertretung der HKÜ-Parteien zu tragen hat. Zur konkreten Bemessung sagt das Übereinkommen nichts**; vielmehr richtet **sich diese nach den einschlägigen kantonalen Tarifen** (vgl. Art. 96 ZPO), deren willkürliche Anwendung vorliegend mit substantiierten Rügen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG) beanstandet werden müsste, wobei Willkür nur vorliegen würde, wenn die Festsetzung des Honorars ausserhalb jeden vernünftigen Verhältnisses zu den vom Anwalt geleisteten Diensten stünde und in krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstiesse (BGE 141 I 124 E. 3.2 S. 126) ».

- (x) A l'instar de ce qui se passe en matière d'assistance judiciaire, **seul l'avocat concerné a qualité pour contester le montant des honoraires** car la partie à la procédure organisée par la CLaH 80 n'a pas d'intérêt propre à une rémunération plus élevée de son avocat, puisque le but de l'art. 26 al. 2 CLaH 80 est précisément d'éviter que la représentation ne lui occasionne des frais.

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_149/2017, 19 avril 2017

« 6... In Ziff. 3 des Dispositives hat das Kantonsgericht nicht etwa den Parteien, sondern direkt und persönlich den Parteienanwälten und dem Kindesvertreter die aufgrund von deren Honorarnoten festgesetzten Entschädigungen zugesprochen. Nicht anders als bei der unentgeltlichen Rechtspflege (zuletzt Urteile 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 1.3; 5D_54/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1; 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016 E. 1.3) **ist deshalb einzig der betroffene Rechtsanwalt legitimiert, die Höhe des Honorars anzufechten**. Wie die unentgeltlich vertretene Partei (dazu Urteil 4A_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 1.3) hat nämlich auch die Partei des HKÜ-Verfahrens kein eigenes Interesse an einer höheren Vergütung des Rechtsvertreters, **besteht doch der Zweck von Art. 26 Abs. 2 HKÜ gleichermassen gerade darin, dass ihr keine Kosten durch die Vertretung erwachsen sollen** ».

- (xi) Dans la procédure engagée en vertu de la CLaH 1980 – en analogie avec les principes régissant l'assistance judiciaire et la défense d'office – l'Etat **ne doit pas indemniser chaque dépense** engagée par les parties pour la participation d'un avocat, mais seulement **les dépenses qui sont nécessaires**, de sorte que des réductions du **nombre d'heures invoquées seraient tout à fait envisageables**.

Affaire helvético-espagnole : ATF 5A_149/2017, 19 avril 2017

« Dieser [= **der zur wirksamen Ausübung des Mandates benötigte Handlungsspielraum**] müsste nämlich analog zur unentgeltlichen Rechtspflege und zur amtlichen Verteidigung garantiert sein, wobei auch im HKÜ-Verfahren **nicht jeder, sondern nur der gebotene Aufwand durch den Staat zu entschädigen ist**

(dazu BGE 137 III 185 E. 6.2 S. 188), **so dass durchaus auch Kürzungen bei der geltend gemachten Stundenanzahl denkbar wären** ».

1.2.1 L'État vers lequel le retour est sollicité a fait la réserve de l'art. 26 al. 3

8. Plus d'un **tiers** des États contractants ont formulé la réserve à l'article 26 al. 3. Parmi ces pays figurent par exemple la France, le Royaume-Uni, les États-Unis, le Portugal, l'Afrique du Sud, la Grèce, la Pologne, le Brésil, la Norvège, etc.

9. Le Tribunal fédéral ne semble cependant **pas avoir tenu compte de la réserve dans au moins deux affaires**, helvético-américaine et helvético-britannique.

Affaire helvético-américaine : ATF 5A_586/2015 du 28.09.2015

« 1... **Die KESB hat die zwischen den Eltern getroffene Vereinbarung mit Entscheid vom 9. September 2015 genehmigt.** Die Vereinbarung und die behördliche Genehmigung liegen dem Bundesgericht vor. Gestützt hierauf halten beide Parteien fest, dass die Rückführung des Kindes hinfällig ist und sie beantragen dem Bundesgericht die Abschreibung des hängigen Rückführungsverfahrens infolge Gegenstandslosigkeit, unter Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen.

3. Es ist festzustellen, dass aufgrund der von den Eltern getroffenen und von der KESB als zuständiger Behörde genehmigten Vereinbarung die in Ziff. 1 und 2 des obergerichtlichen Entscheides vom 16. Juli 2015 angeordnete Rückführung des Kindes C._____ bzw. die materielle Beurteilung der hiergegen erhobenen Beschwerde in Zivilsachen **hinfällig geworden ist**. Das Verfahren 5A_586/2015 vor Bundesgericht ist demzufolge als gegenstandslos abzuschreiben...

4. Im bundesgerichtlichen Rückführungsverfahren **werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter der Beteiligten werden aus der Bundesgerichtskasse entschädigt** (Art. 26 Abs. 2 HKÜ i.V.m. Art. 14 BG-KKE). **Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist insofern gegenstandslos.** Die Kindesvertreterin hat ihre Kostennote bereits eingereicht. Die Honorare der Rechtsanwälte der Beschwerdeführerin und des Beschwerdegegners werden nach Eingang **mit separater Verfügung** bestimmt ».

Affaire helvético-britannique : 5A_520/2010 du 31.08.2010 cons. 5 ss)

« 5. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

6. 6.1 Was die Kostenregelung anbelangt, **ist Art. 26 HKÜ auf die Kosten des Vermittlungsverfahrens und der Mediation sowie der Gerichts- und Vollstreckungsverfahren in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar** (Art. 14 BG-KKE). **Artikel 14 BG-KKE stellt klar, dass der Rechtsweg an das Bundesgericht zum Verfahren im Sinne von Artikel 26 Absatz 2 HKÜ gehört** (Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 28. Februar 2007, BBl. 2007 2628). **In Anwendung dieser Bestimmung sind demnach für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben.**

6.2 Im vorliegenden Fall wird dem Rückführungsbegehren des antragstellenden Beschwerdegegners definitiv entsprochen. Bei einer Anordnung der Rückführung können die Gerichte gestützt auf Art. 26 Abs. 4 HKÜ der Person, die das Kind verbracht oder zurückgehalten hat, **die Erstattung der dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegen; dazu gehören insbesondere auch die Kosten der Rechtsvertretung** (5A_25/2010 vom 2. Februar 2010 E. 3.2; vgl. auch Urteil 5A_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 6). Somit ist die Beschwerdeführerin in Anwendung **dieser Bestimmung zu verpflichten, den**

Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen ».

10. Voici les principes que le Tribunal fédéral applique lorsque **l'État vers lequel le retour est sollicité a fait la réserve de l'art. 26 al. 3 CLaH 80.**

- (i) Si l'État vers lequel le retour est ordonné a formulé la réserve prévue à l'article 26 al. 3, la **Suisse applique le principe de la réciprocité en vertu du art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.** Le requérant ne peut bénéficier de la gratuité que s'il remplit les **conditions fixées par les dispositions suisses applicables à l'assistance judiciaire** et s'il fait une demande expresse tendant à l'obtention de l'assistance judiciaire.

Affaire helvético-nordirlandaise : ATF 5A_617/2015 du 24.09.2015

« 4. 4.2. La procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è, in linea di principio, gratuita (art. 26 cpv. 2 CARap e 14 LF-RMA). Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ha tuttavia formulato una riserva, dichiarando di essere tenuto al pagamento delle spese di cui all'art. 26 cpv. 2 CARap solamente in quanto dette spese possano essere coperte dal suo sistema di patrocinio giudiziario e giuridico (art. 26 cpv. 3 e 42 CARap). La Svizzera applica in tal caso il principio di reciprocità (art. 21 cpv. 1 lett. b della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111]) **e garantisce quindi la gratuità solo nel quadro dell'assistenza giudiziaria nazionale** (sentenza 5A_807/2013 del 28 novembre 2013 consid. 4.3; Raselli/Hausa MMANN/MÖCKLI/URWYLER, op. cit., n. 16.193; FF 2007 2406 n. 6.13). **Atteso che la ricorrente non ha formulato alcuna domanda di assistenza giudiziaria, le spese giudiziarie vanno poste a suo carico** (art. 66 cpv. 1 LTF); **esse comprendono anche i costi per la rappresentanza della minore** (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6, non pubblicato in DTF 137 III 529). Le ripetibili della presente procedura vanno pure poste a carico della ricorrente (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF; art. 26 cpv. 4 CARap, il quale prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trasferito il minore) ».

Affaire helvético-sudafricaine: ATF, 5A_840/2011, 13 janv. 2012

« 6. Grundsätzlich ist das Rückführungsverfahren auch vor Bundesgericht kostenlos (Art. 26 Abs. 2 HKÜ und Art. 14 BG-KKE). Südafrika hat indes einen Vorbehalt angebracht, wonach die Verfahrens- und Parteikosten nur im Rahmen des Systems der unentgeltlichen Rechtspflege übernommen werden (Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 HEntfÜ). **Die Schweiz wendet diesfalls das Prinzip der Gegenseitigkeit an** (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, SR 0.111) und **gewährt Kostenfreiheit nur im Rahmen der nationalen unentgeltlichen Rechtspflege**. Angesichts des (Brutto-)Einkommens der Mutter von Fr. 8'000.-- und der erheblichen Vermögenswerte (die Parteien verfügen in F._____ über eine gemeinsame Liegenschaft mit einem geschätzten Wert von EUR 850'000.-- und in Südafrika über eine gemeinsame Liegenschaft mit einem geschätzten Wert von Rand 3,9 Mio.) ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das bundesgerichtliche Verfahren **mangels Prozessarmut abzuweisen** (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Mutter wird damit kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG), dies auch für die gerichtlich bestellte Vertreterin der Kinder, weil die betreffenden Kosten als Gerichtskosten gelten (vgl. zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_674/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 6) ».

Affaire helvético-britannique: ATF 5A_807/2013 du 28.11.2013

« 4.3. La procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è, in linea di principio, gratuita (art. 26 cpv. 2 CARap; art. 14 LF-RMA). Il Regno Unito **ha tuttavia formulato una riserva**, dichiarando di essere tenuto al pagamento delle spese di cui all'art. 26 cpv. 2 CARap, dovute alla partecipazione di un avvocato o di

un consulente giuridico, ovvero delle spese giudiziarie, solamente in quanto dette spese possano essere coperte dal suo sistema di patrocinio giudiziario e giuridico (art. 26 cpv. 3 e 42 CArap). La Svizzera applica in tal caso il principio di reciprocità (art. 21 cpv. 1 lett. b della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111]) e garantisce quindi la gratuità solo nel quadro dell'assistenza giudiziaria nazionale (sentenza 5A_504/2013 del 5 agosto 2013 consid. 5.2 con rinvio; Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, op. cit., n. 16.193; Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori, nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2406 n. 6.13). Atteso che la ricorrente non ha formulato alcuna domanda di assistenza giudiziaria, le spese giudiziarie vanno poste a suo carico (art. 66 cpv. 1 LTF); **esse comprendono anche i costi per la rappresentanza della minore** (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6, non pubblicato in **DTF 137 III 529**). Le ripetibili della presente procedura vanno pure poste a carico della ricorrente (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF; art. 26 cpv. 4 CArap, che prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trattenuto il minore) ».

Affaire helvético-brésilienne, 5A_709/2016, Arrêt du 30 novembre 2016

« 6. En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, le **Brésil a déclaré qu'il ne prendra en charge les frais visés à l'art. 26 al. 2 CLaH80** que dans la mesure où ces frais sont couverts par son système national d'aide judiciaire. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111), de sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite (arrêts 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016 consid. 6; 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). **Vu les circonstances, la requête d'assistance judiciaire du recourant est admise** (art. 64 al. 1 LTF), **en sorte que son avocate lui est désignée comme conseil d'office**. Celle-ci sera indemnisée, à hauteur de 2'000 fr., par la Caisse du Tribunal fédéral. Les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), arrêtés à 3'000 fr., dont font partie les frais de représentation de la mineure par 1'000 fr. (arrêts 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 6; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6), sont mis à la charge du recourant qui succombe, mais sont provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral. L'intimée, qui a été invitée à se déterminer sur le fond et a obtenu gain de cause a droit à des dépens pour la procédure fédérale (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Cette indemnité de dépens, à hauteur de 1'500 fr. (art. 68 al. 1 LTF), est également mise à la charge du recourant, mais provisoirement supportée par la Caisse du Tribunal fédéral ».

Affaire franco-suisse, ATF, 5A_1003/2015, du 14 janv. 2016

« 6. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour immédiat des enfants en France ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 29 février 2016 au plus tard. **Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure**; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, **la France a déclaré qu'elle ne prendra en charge les frais visés à l'alinéa 2 de l'art. 26 CLaH80 que dans la mesure où ces frais sont couverts par le système français d'aide judiciaire**. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111), de sorte que la **procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite** (arrêts 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). **Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), arrêtés à 3'500 fr.**, dont font partie les frais de représentation des enfants par 500 fr. (arrêts 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 6; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). **Il versera en outre à l'intimée une indemnité de dépens à hauteur de**

1'000 fr. (art. 68 al. 1 LTF) pour l'instance fédérale (art. 68 al. 5 LTF). La requête d'assistance judiciaire formulée par l'intimée devient ainsi sans objet ».

- (iii) Toutefois, **l'assistance judiciaire ne couvre que les coûts de l'aide juridictionnelle de la partie et non les coûts récupérables que la partie encourt du fait qu'elle a perdu le procès** (article 68, al 2, du TFA).

Affaire helvético-serbe : ATF 5A_583/2009 du 10.11.2009 cons. 5.2)

« 5.2 La procedura con la quale viene chiesto il ritorno del minore è gratuita (art. 26 cpv. 2 CArap), motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie. Con riferimento agli onorari dei legali, la predetta gratuità si estende unicamente alla partecipazione di un avvocato ordinata dall'autorità coinvolta. Chi si lascia invece patrocinare volontariamente, rispettivamente in modo indipendente, come è il caso per la ricorrente deve assumersi i costi del proprio legale, a meno che non siano dati i presupposti del diritto nazionale per il gratuito patrocinio (DTF 134 III 88 consid. 5, non pubblicato). Ora, alla ricorrente indigente può nella fattispecie essere concesso il gratuito patrocinio (art. 64 cpv. 2 LTF). Nell'onorario attribuito ai suoi patrocinatori viene però tenuto conto del ridotto impegno profuso nell'allestimento dell'atto ricorsuale, inutilmente prolisso e in larga misura inammissibile o pretestuoso. L'assistenza giudiziaria **si estende tuttavia unicamente ai costi di patrocinio della parte e non anche alle ripetibili che ella, a causa della sua soccombenza** (art. 68 cpv. 2 LTF), dovrà versare al marito. Atteso che anche quest'ultimo ha chiesto al Tribunale federale di assumere il pagamento delle proprie spese legali, si giustifica in concreto, qualora non gli fosse possibile riscuotere le ripetibili, far corrispondere l'onorario alla sua legale dalla Cassa del Tribunale federale. Non si giustifica invece assegnare ripetibili alla curatrice del minore, che si è limitata a scrivere una lettera in cui ha dichiarato di associarsi a quanto esposto dalla ricorrente ».

- (iv) Le Tribunal fédéral applique l'article 64 al. 1 LTF lui permettant de ne pas accéder à la requête d'assistance judiciaire **que « si ses conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec »**. A trois reprises au moins, le Tribunal fédéral a fait usage de cette faculté si bien que le Tribunal fédéral a condamné au versement 1) frais judiciaires de l'instance fédérale ; 2) frais de représentation du mineur ; 3) indemnité de dépens pour l'instance fédérale.

Affaire helvético-hondurienne : ATF 5A_954/2021 du 3.1.2022

« 6. En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les art. 26 CLaH 80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH 80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH 80, le **Honduras** a déclaré qu'il ne prendra en charge les frais visés à l'art. 26 al. 2 CLaH 80 que dans la mesure où ces frais sont couverts par son système national d'aide judiciaire. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités; RS 0.111), de sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite (arrêt 5A_877/2020 du 20 novembre 2020 consid. 5 et les références). **Les conclusions de la recourante étant d'emblée dénuées de chance de succès, sa requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée** (art. 64 al. 1 LTF). La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), arrêtés à 3'000 fr., dont font partie les frais de représentation du mineur par 500 fr. (arrêt 5A_877/2020 du 20 novembre 2020 consid. 5 et les références). Elle versera en outre à l'intimé, qui a été invité à se déterminer et a obtenu gain de cause, une indemnité de dépens de 1'500 fr. pour l'instance fédérale (art. 68 al. 1 et 2 LTF) ».

Affaire helvético-espagnole: ATF, 550/2012, 10.9.2012

« 5.1 Da quanto precede discende che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile.

5.2 Giusta l'art. 26 cpv. 2 CArap, la procedura con la quale viene chiesto il ritorno del minore è gratuita, motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie, le quali comprendono anche i costi per la rappresentanza del minore (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6). La domanda di assistenza giudiziaria (con gratuito patrocinio) del minore è pertanto divenuta priva di oggetto.

Nella misura in cui non è divenuta priva d'oggetto, **la domanda di assistenza giudiziaria (con gratuito patrocinio) della ricorrente va respinta in quanto non aveva fin dall'inizio probabilità di esito favorevole** (art. 64 cpv. 1 LTF).

Le ripetibili della presente procedura vanno poste a carico della ricorrente, che con il suo agire ha dato luogo alla procedura di ritorno della CArap. Infatti, l'art. 26 cpv. 4 CArap prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trasferito il minore. La nota d'onorario prodotta dalla patrocinatrice dell'opponente, pari a fr. 3'649.35, appare tuttavia eccessiva atteso che, come visto, il ricorso non presentava difficoltà fattuali o di natura giuridica. Le spese ripetibili vanno perciò fissate, **per apprezzamento, in fr. 3'000.--**. Atteso che l'opponente ha chiesto al Tribunale federale di assumere il pagamento delle proprie spese legali, si giustifica in concreto, qualora non gli fosse possibile riscuotere le ripetibili, **far corrispondere un'indennità alla sua patrocinatrice dalla cassa del Tribunale federale** (art. 26 cpv. 2 CArap) ».

Affaire helvético-norvégienne : ATF 5A_504/2013 du 05.08.2013

« 5.2... **La domanda di assistenza giudiziaria (con gratuito patrocinio) della ricorrente va respinta, a prescindere dalla sua asserita indigenza, atteso che il ricorso non aveva fin dall'inizio probabilità di esito favorevole** (art. 64 cpv. 1 LTF). **Le spese giudiziarie vanno pertanto poste a suo carico** (art. 66 cpv. 1 LTF); **esse comprendono anche i costi per la rappresentanza della minore** (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6, non pubblicato in DTF 137 III 529). **Le ripetibili della presente procedura vanno pure poste a carico della ricorrente** (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF; art. 26 cpv. 4 CArap, **che prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trattenuto il minore**). In tali condizioni le domande di assistenza giudiziaria (con gratuito patrocinio) della minore e dell'opponente sono divenute prive di oggetto ».

- (v) Si **l'assistance judiciaire n'est pas accordée ou n'est pas demandée**, les dispositions de la Loi sur le Tribunal fédéral **sont applicables**. Si bien qu'il incombe à la partie succombante de supporter à la fois les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et une indemnité de dépens (art. 68 LTF). Lorsque la décision cantonale est réformée en ce sens que le retour, que le Tribunal cantonal n'avait pas ordonné, est ordonné par le Tribunal fédéral, celui-ci peut fixer lui-même es dépens d'après le tarif fédéral ou cantonal applicable ou laisser à l'autorité précédente le soin de les fixer (art. 68 al. 5 LTF)

Affaire helvético-nordirlandaise : ATF 5A_617/2015 du 24.09.2015

« 4.2. La procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è, in linea di principio, gratuita (art. 26 cpv. 2 CArap e 14 LF-RMA). Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ha tuttavia formulato una riserva, dichiarando di essere tenuto al pagamento delle spese di cui all'art. 26 cpv. 2 CArap solamente in quanto dette spese possano essere coperte dal suo sistema di patrocinio giudiziario e giuridico (art. 26 cpv. 3 e 42 CArap). La Svizzera applica in tal caso il principio di reciprocità (art. 21 cpv. 1 lett. b della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111]) **e garantisce quindi la gratuità solo nel quadro dell'assistenza giudiziaria nazionale** (sentenza 5A_807/2013 del 28 novembre 2013 consid. 4.3; Raselli/Hausa MMANN/MÖCKLI/URWYLER, op. cit., n. 16.193; FF 2007 2406 n. 6.13). Atteso che la ricorrente non ha formulato **alcuna domanda di assistenza giudiziaria, le spese giudiziarie vanno poste a suo carico** (art. 66 cpv. 1 LTF); **esse comprendono anche i costi per la**

rappresentanza della minore (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6, non pubblicato in DTF 137 III 529). Le ripetibili della presente procedura vanno pure poste a carico della ricorrente (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF; art. 26 cpv. 4 CArap, il quale prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trasferito il minore) ».

Affaire helvético-britannique : ATF 5A_807/2013 du 28.11.2013

« 4.3. La procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è, in linea di principio, gratuita (art. 26 cpv. 2 CArap; art. 14 LF-RMA). Il Regno Unito ha tuttavia formulato una riserva, dichiarando di essere tenuto al pagamento delle spese di cui all'art. 26 cpv. 2 CArap, dovute alla partecipazione di un avvocato o di un consulente giuridico, ovvero delle spese giudiziarie, solamente in quanto dette spese possano essere coperte dal suo sistema di patrocinio giudiziario e giuridico (art. 26 cpv. 3 e 42 CArap). La Svizzera applica in tal caso il principio di reciprocità (art. 21 cpv. 1 lett. b della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111]) e garantisce quindi la gratuità solo nel quadro dell'assistenza giudiziaria nazionale (sentenza 5A_504/2013 del 5 agosto 2013 consid. 5.2 con rinvio; Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, op. cit., n. 16.193; Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori, nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2406 n. 6.13). **Atteso che la ricorrente non ha formulato alcuna domanda di assistenza giudiziaria, le spese giudiziarie vanno poste a suo carico** (art. 66 cpv. 1 LTF); **esse comprendono anche i costi per la rappresentanza della minore** (sentenza 5A_674/2011 del 31 ottobre 2011 consid. 6, non pubblicato in **DTF 137 III 529**). Le ripetibili della presente procedura vanno pure poste a carico della ricorrente (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF; art. 26 cpv. 4 CArap, che prevede la possibilità di accollare spese ripetibili alla persona che ha trattenuto il minore) »

Affaire helvético-polonaise : ATF 5A_479/2012 du 13.7.2012

« 6. En définitive, le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens qu'ordre **est donné à l'intimée, sous la menace de l'amende prévue à l'art. 292 CP, d'assurer le retour de A._____, B._____, et C._____ en Pologne d'ici au 15 août 2012 ou de laisser le recourant les y emmener**. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 par. 3 CLaH80, la Pologne a déclaré n'être tenue au paiement des frais visés au deuxième paragraphe de l'article 26 CLaH80, liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou aux frais de justice, que dans la mesure où ces coûts peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire et juridique. **La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité** (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [RS 0.111]), **de sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite** (arrêts 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). L'intimée, qui succombe, supportera ainsi les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) arrêtés à 2'000 fr. Elle versera en outre au recourant une **indemnité de dépens** à hauteur de 4'000 fr. (art. 68 al. 1 LTF) pour les instances fédérale et cantonale (art. 68 al. 5 LTF) ».

Affaire helvético-grecque : ATF 5A_346/2012, du 12 juin 2012

« 6. Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, **la Grèce a déclaré n'être tenue au paiement des frais visés au deuxième paragraphe de l'article 26 et qui sont liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique ou aux frais de justice**, que dans la mesure où ces coûts concernent des cas d'assistance judiciaire ou juridique offerte gratuitement. La Suisse applique dans ce cas le principe de la

réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [RS 0.111]), de sorte que la **procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite** (arrêts 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) arrêtés à 3'000 fr., dont font partie les frais de représentation de l'enfant par 1'000 fr. (5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). Il versera en outre à l'intimée une indemnité de dépens à hauteur de 2'000 fr. (art. 68 al. 1 LTF). **Il n'y a enfin pas lieu d'entrer en matière sur la demande d'assistance judiciaire de la curatrice de l'enfant, les frais de représentation de celle-ci étant compris dans les frais judiciaires** ».

1.3. Procédure devant le Tribunal fédéral

11. Bien **des principes évoqués ci-dessus valent également devant le Tribunal fédéral**. La principale nouveauté de l'article 14 LF-EEA **consistait précisément à le préciser de manière ferme.**

Affaire helvético-britannique : 5A_520/2010 du 31.08.2010 cons. 5 ss)

« 5. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

6. 6.1 Was die Kostenregelung anbelangt, **ist Art. 26 HKÜ auf die Kosten des Vermittlungsverfahrens und der Mediation sowie der Gerichts- und Vollstreckungsverfahren in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar** (Art. 14 BG-KKE). Artikel 14 BG-KKE stellt klar, dass der **Rechtsweg an das Bundesgericht zum Verfahren im Sinne von Artikel 26 Absatz 2 HKÜ gehört** (Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 28. Februar 2007, BBl. 2007 2628). **In Anwendung dieser Bestimmung sind demnach für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben** ».

Affaire helvético-australienne : ATF 5A_301/2019 du 25.06.2019 cons. 7 ss)

Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, et dès lors qu'il faut constater que ni l'Australie, ni la Suisse n'ont formulé de réserves à ce sujet, **il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. Les conseils des parties et le curateur des enfants seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral** (arrêts 5A_162/2019 du 24 avril 2019 consid. 7; 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 6; 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1) ».

Affaire helvético-chilienne : ATF, 5A_997/2018, 11 janvier 2019

« 4. Die konventionsweise vorgesehene grundsätzliche Kostenlosigkeit des Rückführungsverfahrens besteht unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Parteien und darf nicht mit dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege vermengt werden.

Gemäss Art. 26 Abs. 2 HKÜ ist - soweit nicht die Vertragsstaaten gestützt auf Art. 26 Abs. 3 HKÜ Vorbehalte zugunsten des System der unentgeltlichen Rechtspflege angebracht haben, was vorliegend weder für Chile noch für die Schweiz zutrifft - das Rückführungsverfahren kostenlos und dürfen keine Kosten für die Beiordnung eines Anwaltes verlangt werden (Art. 26 Abs. 2 HKÜ). **Über den strikten Wortlaut hinaus wendet das Bundesgericht die Bestimmung gemäss ihrem Sinn und Zweck** (vgl. dazu Explanatory Report von PÉREZ-VERA, Rz. 135) dahingehend an, dass es die beteiligten Rechtsanwälte auch dann aus der Bundesgerichtskasse entschädigt, **wenn diese nicht beigeordnet, sondern von den Parteien auf freier Mandatsbasis mit der Interessenwahrung beauftragt worden sind**. Dies gilt grundsätzlich auch für die kantonalen Gerichte, wobei sie diesbezüglich - obwohl es wie gesagt nicht um

unentgeltliche Rechtspflege geht - reduzierte Tarife anwenden dürfen (Urteil 5A_149/2017 vom 19. April 2017 E. 6) ».

- (iii) Si l'intimé n'a pas été invité à se déterminer, **il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de dépens.**

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 5. Vu ce qui précède, le **recours doit être rejeté** dans la mesure de sa recevabilité. Conformément à l'art. 26 al. 2 et 3 CLaH80, **il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. Il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de dépens pour la procédure fédérale à l'intimé qui n'a pas été invité à se déterminer** (art. 26 al. 4 CLaH80) ».

- (iv) Dans de tels cas, la requête formée par le requérant visant à obtenir l'assistance judiciaire doit être réputée **sans objet**.

Affaire helvético-thaïlandaise : ATF, 5A_162/2019

« 7. Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt cantonal est annulé et la cause retournée à l'autorité précédente pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, et dès lors qu'il faut constater que ni la Thaïlande, ni la Suisse n'ont formulé de réserves à ce sujet, il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. **Les conseils des parties et le curateur de l'enfant seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral** (arrêts 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 6; 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1). **La requête d'assistance judiciaire déposée par l'intimée est dès lors sans objet** ».

- (v) Les coûts peuvent parfois être compensés.

Affaire franco-suisse : ATF 5A_58/2016 du 14.03.2016

« 8. Die Beschwerdeführerin verlangt zusätzlich, dass der Beschwerdegegner dazu verurteilt wird, **ihr sämtliche durch das widerrechtliche Verbringen der gemeinsamen Tochter in die Schweiz entstandenen Kosten zu ersetzen**. Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin dieses Rechtsbegehren nur für den Fall gestellt hat, dass ihre Beschwerde gutgeheissen werden kann. Nachdem das Bundesgericht die Beschwerde abweist, ist darauf nicht einzutreten.

9. Angesichts des Verfahrensausgangs hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei ungeachtet von Art. 26 HKÜ i.V.m. Art. 14 BG-KKE für die Gerichtskosten aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG; Urteil 5A_1003/2015 vom 14. Januar 2016 E. 6 mit den dortigen Hinweisen zum Vorbehalt von Frankreich zu Art. 26 HKÜ und dessen Auswirkung auf die Entgeltlichkeit des schweizerischen Verfahrens). **Zu entschädigen ist auch der zu den Gerichtskosten gehörende Aufwand für den Kindesvertreter** (Urteil 5A_346/2012 vom 12. Juni 2012 E. 6; 5A_840/2011 vom 13. Januar 2012 E. 6). **Im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falls werden die Parteikosten wettgeschlagen** (Art. 68 Abs. 1 BGG). Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege **kann entsprochen werden** (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Beschwerdeführerin hat der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG) ».

- (vi) Cela vaut également dans le cadre de la **Convention de Luxembourg de 1980**.

Affaire helvético-hongroise ATF 5F_6/2015 du 22.05.2015

« 8. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Revisionsgesuch abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Mit dem Entscheid über das Revisionsgesuch wird die Beurteilung des Gesuches um aufschiebende Wirkung (welche mit Verfügung vom 27. April 2015 superprovisorisch erteilt wurde, vgl. Lit. C) gegenstandslos.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 ESÜ ist das Verfahren kostenlos und sind die Kosten der beigezogenen Rechtsanwälte zu vergüten. Dies muss auch für das **Revisionsverfahren** gelten, zumal Art. 14 BG-KKE festhält, dass sich die Kostenlosigkeit gemäss Art. 26 HKÜ und Art. 5 Abs. 3 ESÜ **auf sämtliche Gerichts- und Vollstreckungsverfahren in den Kantonen und auf Bundesebene bezieht** ».

2. Décisions du Tribunal fédéral sur la violation de l'article 14 LF-EEA

12. A une dizaine de reprises, le Tribunal fédéral a été appelé à statuer sur la violation par le tribunal cantonal de l'article 14 LF-EEA et/ou de l'article 26 CLaH 80. Il convient de distinguer les décisions qui ont *constaté* une telle violation (2.1) de celles qui ne l'ont pas retenue (2.2.)

2.1. Décisions qui ont constaté une violation de l'article 14 LF-EEA et/ou de l'article 26 CLaH 80

13. Il s'agit de **cinq** décisions.

- (i) Dans une décision rendue au début de 2010 à la faveur d'une **affaire helvético-irlandaise**, le Tribunal cantonal (Grisons) avait condamné le recourant, qui était le requérant, à indemniser l'intimée pour la procédure à hauteur de **4'000 francs** hors taxes, au mépris de l'article 26 CLaH 80.

Affaire helvético-irlandaise : ATF 5A_25/2010 du 2.2.2010

« 3. 3.1 Das Kantonsgericht hat den Beschwerdeführer unter Berücksichtigung des Urteils 5A_582/2007 vom 4. Dezember 2007 verpflichtet, **die Beschwerdegegnerin für das Verfahren ausseramtlich mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen**. Der Beschwerdeführer macht geltend, **nach Art. 14 BG-KKE sei das Verfahren kostenlos**, soweit nicht das sogenannte Reziprozitätsprinzip zur Anwendung gelange. Mangels Vorbehalts vonseiten Irlands könnten ihm weder **Gerichtskosten noch Kosten für den Anwalt auferlegt werden, welche Regel sich auch auf die Parteikosten der Gegenpartei beziehe**. Das Bundesgericht habe denn auch in Urteil 5A_721/2009 vom 7. Dezember 2009 einen Beschwerdeführer trotz Abweisung der Beschwerde nicht zu ausseramtlichen Entschädigungen an die Beschwerdegegnerin verurteilt, sondern beide Parteivertreter zulasten des Bundes entschädigt. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich im Wesentlichen der vorinstanzlichen Auffassung an.

...3.6 Der **Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 HKÜ und die Ausführungen des erläuternden Berichts legen nahe, dass dem Antragsteller in den die Konvention betreffenden Verfahren weder Gerichts- noch Parteikosten auferlegt werden können**, es sei denn, einer der beteiligten Staaten habe den Vorbehalt gestützt auf Art. 26 Abs. 3 HKÜ erklärt. Im vorliegenden Fall hat sich weder Irland noch die Schweiz des Vorbehaltes bedient, weshalb zugunsten des Beschwerdeführers von einer umfassenden Kostenlosigkeit des Verfahrens auszugehen ist. Diesem Grundsatz hat das Kantonsgericht nicht Rechnung getragen, indem es den Beschwerdeführer (Antragsteller) verpflichtete, die Beschwerdegegnerin ausseramtlich mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

4. Damit ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und Ziffer 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben. Die Sache ist zur Behandlung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das kantonale Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen...».

- (ii) Dans une **affaire helvético-espagnole, datant de la même époque, le recourant se plaignait du fait que le tribunal cantonal ne pouvait allouer à l'intimée des dépens à la charge du recourant**. Le Tribunal fédéral a admis le recours sur ce point.

Affaire helvético-espagnole : 5A_441/2010 du 07.07.2010 cons. 6 ss)

« 6. 6.1 Le recourant soutient que, indépendamment du résultat obtenu devant la cour de céans, **l'allocation par la cour cantonale de dépens à l'intimée, par 2'000 fr., serait contraire au droit.** L'intimée ne se détermine pas sur ce point.

6.2 Selon l'art. 26 al. 2 CEIE, l'Autorité centrale et les autres services publics des Etats contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention; notamment, ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat. Cette disposition, qui s'applique aux frais de la procédure de conciliation et de la médiation et à ceux des procédures judiciaires et des procédures d'exécution menées aux niveaux cantonal et fédéral (art. 14 LF-EEA), **exige en principe la gratuité absolue de la procédure de retour pour la partie requérante.** Si sa requête est rejetée, elle ne peut être condamnée à payer les frais de procédure de la partie adverse, **à moins que l'Etat dont elle est ressortissante ait fait une réserve au sens de l'art. 26 al. 3 CEIE** (gratuité selon les dispositions de l'assistance judiciaire; arrêt 5A_25/2010 du 2 février 2010 consid. 3). **En l'espèce, ni la Suisse, ni l'Espagne n'ont fait de réserve en ce sens.** Par conséquent, **la cour cantonale ne pouvait allouer à l'intimée des dépens à la charge du recourant. Il convient donc d'admettre partiellement le recours sur ce point et de supprimer le chiffre III du jugement entrepris.**

7. Conformément à l'art. 26 al. 2 CEIE, **il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. La requête d'assistance judiciaire du recourant doit être rejetée, dès lors que son recours était d'emblée voué à l'échec** et qu'il n'a pas établi et documenté son indigence, **alors qu'il lui appartenait de le faire** (art. 64 al. 1 LTF). L'indigence de l'intimée est en revanche établie par pièces, de sorte que sa requête d'assistance judiciaire doit être admise. Me Ana Rita Perez, avocate à Lausanne, est désignée comme avocate d'office de l'intimée; il lui est alloué une indemnité de 1'000 fr. à titre d'honoraires (art. 64 al. 2 LTF), supportée par la caisse du Tribunal fédéral.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours **est partiellement admis en ce qui concerne l'indemnité de dépens et le jugement attaqué est réformé** en ce sens que le chiffre III est supprimé.

- (iii) Dans une décision rendue en 2011 dans une affaire **italo-suisse** il était question du même grief : le Tribunal cantonal avait condamné le requérant, qui demandait le retour, au paiement d'une somme de 3.000 CHF à titre **d'indemnité de dépens**, en violation une fois de plus de l'article 26 al. 2 CLaH 80.

Affaire helvético-italienne : 5A_119/2011 du 29.03.2011.

« 8. 8.1 La Corte cantonale ha considerato che l'istanza di gratuito patrocinio presentata dal ricorrente **non copriva in ogni modo l'indennità per le ripetibili e lo ha pertanto condannato a versare fr. 3'000.-- alla moglie.**

8.2 Il ricorrente eccepisce **un'errata applicazione dell'art. 26 CArap** sostenendo che, non avendo né la Svizzera né l'Italia formulato alcuna riserva ex art. 26 cpv. 2 (recte: cpv. 3) CArap, è evidente che non possano essere accolte ripetibili della sede cantonale da rifondere alla moglie.

8.3 **Giusta l'art. 14 LF-RMA, l'art. 26 CArap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale. L'art. 26 cpv. 2 CArap prevede, di principio, la gratuità della procedura per l'istante che chiede il ritorno del minore. L'istante che risulta soccombente non può infatti essere condannato a versare delle spese processuali o delle ripetibili**, a meno che uno degli Stati coinvolti abbia formulato una riserva fondandosi sull'art. 26 cpv. 3 CArap (sentenza del Tribunale federale 5A_25/2010 del 2 febbraio 2010 consid. 3; Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul

rapimento internationale di minori, nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2406 n. 6.13). **Nella fattispecie presente, come giustamente rilevato dal ricorrente, né la Svizzera né l'Italia hanno formulato una tale riserva. È quindi a torto che la Corte cantonale ha condannato il ricorrente al versamento di ripetibili alla moglie. La censura del ricorrente va pertanto accolta.**

9.1 Da quanto precede discende che **il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, deve essere parzialmente accolto. Il dispositivo n. 2 della sentenza impugnata è riformato nel senso che non vengono assegnate ripetibili.** Per il resto, il ricorso è respinto.

9.2 Giusta l'art. 26 cpv. 2 CArap, la procedura con la quale viene chiesto il ritorno del minore è gratuita, motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie. Per la procedura federale, la Cassa del Tribunale federale verserà per il ricorrente un'indennità al suo patrocinatore e per C. _____ un'indennità alla sua curatrice (nominata da un'autorità svizzera e titolare di un brevetto di avvocato). **Contrariamente alla richiesta della moglie, le ripetibili della sede federale non possono essere poste a carico del ricorrente** (supra consid. 8.3).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, è parzialmente accolto: il dispositivo n. 2 della sentenza impugnata è riformato nel senso che non vengono assegnate ripetibili. Per il resto, il ricorso è respinto... ».

- (iv) Dans une décision, beaucoup plus récente, rendue dans une **affaire helvético-australienne**, le recourant se plaignait, entre autres choses, de la **violation des art. 26 CLaH 80 et de l'art. 14 LF-EEA** relatifs aux frais de la procédure en faisant valoir que ni l'Australie ni la Suisse n'ayant émis de réserve, en sorte que **l'art. 26 al. 2 et 3 CLa80 s'applique**, la cour cantonale **avait violé cette disposition** en indiquant que le recourant - requérant du retour des enfants - **était tenu au remboursement de l'assistance judiciaire pour l'indemnité de son conseil d'office**, dès qu'il serait en mesure de le faire, au sens de l'art. 123 CPC.

Affaire helvético-australienne : ATF 5A_301/2019 du 25.06.2019 cons. 7 ss)

« 7.1. Aux termes de l'art. 26 al. 2 CLaH80, les États contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention; notamment **ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat.**

7.2. **Au regard des dispositions claires de la CLaH80 et de l'absence de réserve émise par l'Australie et la Suisse, la Chambre des curatelles ne pouvait pas exiger, au sens de l'art. 123 CPC, le remboursement de l'assistance judiciaire** octroyée au recourant pour le versement des honoraires de son conseil. La rémunération du conseil **fait expressément partie des coûts qui doivent être pris en charge par les Etats signataires.** A défaut de réserve des pays concernés en l'espèce, la Chambre des curatelles **ne pouvait pas déroger à la gratuité** prévue par la CLaH80. Elle a, **ce faisant, violé l'art. 26 al. 2 CLaH80.** Le grief du recourant doit donc être admis et le chiffre V. du dispositif de l'arrêt cantonal doit être annulé. Le montant des honoraires octroyé à l'avocate du recourant n'étant pas remis en cause, il n'est pas nécessaire de renvoyer la cause à l'autorité précédente.

8. En définitive, le **recours doit être partiellement admis**, dans la mesure de sa recevabilité. Le chiffre V. du dispositif de l'arrêt cantonal est annulé. L'arrêt entrepris est confirmé pour le surplus.

Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, et dès lors qu'il faut constater que ni l'Australie, ni la Suisse n'ont formulé de réserves à ce sujet, **il n'est pas**

perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. Les conseils des parties et le curateur des enfants seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêts 5A_162/2019 du 24 avril 2019 consid. 7; 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 6; 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1). **La requête d'assistance judiciaire déposée par le recourant est dès lors sans objet.**

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. **Le recours est partiellement admis** dans la mesure où il est recevable; le chiffre V. du dispositif de l'arrêt cantonal est annulé; l'arrêt cantonal est confirmé pour le surplus.
2. **Il n'est pas perçu de frais judiciaires.**
3. Une indemnité de **2'500 fr.**, payée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à titre d'honoraires à Me Sophie Beroud, avocate du recourant.
4. Une indemnité de **2'500 fr.**, payée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à titre d'honoraires à Me Jacques Barillon, avocat de l'intimée.
5. Une indemnité de **500 fr.**, payée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à titre d'honoraires à Me Thierry de Mestral, avocat et curateur des enfants.
6. Le présent arrêt est communiqué aux parties, au curateur des enfants C._____ et D._____, à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du canton de Vaud et à l'Office fédéral de la justice, Autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants.

- (v) Dans une toute récente affaire **helvético-hongroise**, le recourant se plaignant d'une application erronée des articles 14 LF-EEA et 26 al. 1 et 2 CLaH 80 estimant que le Tribunal cantonal ne pouvait pas le condamner à verser CHF 1'200 à titre de **frais judiciaires (« ripetibili »)**. **La Hongrie n'ayant pas formulé de réserve quant aux frais, l'admission sur ce point du recours s'imposait.**

Affaire helvético-hongroise : ATF 5A_193/2023 du 06.04.2023

« 4. 4.1. Giusta l'art. 14 LF-RMA, l'art. 26 CARap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale. **Secondo l'art. 26 cpv. 1 CARap, ogni Autorità centrale sopporterà alle proprie spese nell'applicazione della convenzione.** A meno che uno degli Stati coinvolti abbia formulato una riserva fondandosi sull'art. 26 cpv. 3 CARap, l'art. 26 cpv. 2 CARap prevede la gratuità della procedura di ritorno di un minore. **L'istante che risulta soccombente non può quindi essere condannato al pagamento delle "spese processuali e ripetibili". La gratuità si estende poi anche alle "spese dovute alla partecipazione di un avvocato", e non soltanto laddove i legali delle parti siano stati designati dall'autorità, ma anche quando siano stati scelti dalle parti quali avvocati di fiducia** (v. sentenza 5A_997/2018 dell'11 gennaio 2019 consid. 4). **Se l'istante risulta vincente, l'art. 26 cpv. 4 CARap prevede tuttavia la possibilità di accollare spese alla persona che ha illecitamente trasferito o trattenuto il minore.**

4.2. Il ricorrente lamenta **un'errata** applicazione degli art. 14 LF-RMA e 26 cpv. 1 e 2 CARap, **sostenendo che non potevano essere poste a suo carico ripetibili della sede cantonale pari a fr. 1'200.--.**

4.3. Come **giustamente rilevato nel rimedio**, né la Svizzera né l'Ungheria hanno formulato una riserva ai sensi dell'art. 26 cpv. 3 CARap. Condannando il ricorrente al versamento di ripetibili all'opponente "in ragione della completa soccombenza", **la Corte cantonale è quindi incorsa in una violazione dell'art. 26 cpv. 2 CARap.** La **censura va accolta** e il dispositivo n. 3 della sentenza impugnata va parzialmente riformato nel senso che non si assegnano ripetibili e lo Stato del Cantone Ticino verserà un'indennità di fr. 1'200.-- all'opponente.

In virtù dell'art. 26 cpv. 2 CArap, entrambe le parti avrebbero invero avuto diritto alla copertura delle proprie spese di patrocinio nella sede cantonale.

In assenza di una specifica conclusione, il Tribunale federale non può però riformare la sentenza cantonale nel senso di porre **a carico dello Stato del Cantone Ticino anche le spese di patrocinio del ricorrente** (v. art. 107 cpv. 1 LTF).

5. 5.1. Da quanto precede discende che il **ricorso, nella misura in cui è ammissibile, va parzialmente accolto** nel senso indicato al considerando precedente. Per il resto, il ricorso è respinto. Con l'emanazione della presente sentenza, la richiesta del ricorrente di conferire effetto sospensivo al rimedio secondo l'art. 103 cpv. 3 LTF e di adottare altre misure cautelari ai sensi dell'art. 104 LTF diventa priva d'oggetto.

5.2. Come già spiegato (v. supra consid. 4.1), **giusta gli art. 14 LF-RMA e 26 cpv. 2 CArap, la procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è gratuita, motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie. Per la procedura federale, la Cassa del Tribunale federale verserà un'indennità ai patrocinatori delle parti.**

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1. Nella misura in cui è ammissibile, **il ricorso è parzialmente accolto**. Il dispositivo n. 3 della sentenza impugnata è parzialmente riformato nel senso che **non vengono assegnate ripetibili e lo Stato del Cantone Ticino verserà all'opponente un'indennità di fr. 1'200.--**. Per il resto, il ricorso è respinto”.

2.2. Décisions qui n'ont pas retenu de violation

14. **Quatre** affaires méritent d'être évoquées.

- (i) La première affaire, **italo-suisse**, mérite qu'on s'y attarde quelque peu, notamment pour comprendre les faits qui la sous-tendaient.

Le 5 juillet 2012, M. B.X., ressortissant italien, représenté par Me Michel Montini, avocat à Neuchâtel, avait déposé devant le Tribunal cantonal de Neuchâtel une **requête de retour immédiat de ses deux filles, C. et D.X., en Italie**. Par courrier du 11 août 2012, la mère de C. et D.X., Mme A.Y. avait cependant annoncé au tribunal qu'elle se trouvait en Sardaigne avec ses deux filles. Le 13 août 2012, le Président du tribunal a avisé les parties par courrier que la procédure d'enlèvement d'enfants **était devenue sans objet** tout en fixant un délai de dix jours aux parties pour déposer des observations. Par lettre du 14 août 2012, le requérant avait admis que la **procédure était devenue sans objet**, concluant à la mise des frais à la charge de la mère, à l'octroi d'une indemnité de 3'000 fr., et au remboursement de ses frais de déplacement de 830 fr. en raison du renvoi de l'audience. La **mère s'était opposée au paiement des frais et au versement d'une indemnité de dépens**, par courrier du 24 août 2012 en soutenant qu'elle n'avait pas enlevé les filles, étant titulaire de la garde de celles-ci en vertu de l'ordonnance du Tribunal de Cagliari du 19 janvier 2012, et précisé qu'elle était retournée en Italie pour se conformer à la procédure mise en oeuvre par le tribunal italien, non en raison de la procédure d'enlèvement international engagée en Suisse. Par ordonnance du 30 août 2012, le Président du tribunal cantonal a prononcé le classement de la cause, **laissé les frais de la procédure à la charge de l'État et condamné la mère à verser au requérant une indemnité de dépens de 1'000 fr.** La mère avait contesté une telle condamnation.

Affaire italo-suisse : ATF 5A_716/2012 du 3.12.2012

« 4.2.2 En l'occurrence, il ressort des constatations de l'ordonnance entreprise que la recourante s'est conformée aux conclusions prises par le requérant, ou à tout le moins, à l'ordonnance du 19 janvier 2012 du Tribunal de Cagliari - ce qu'elle admet elle-même

- , avant que l'autorité saisie ne statue sur la requête tendant au retour des filles en Italie. Il s'ensuit que le père a matériellement obtenu gain de cause. En allouant une indemnité de dépens au requérant pour ses frais de représentation judiciaire et en tenant compte de la procédure brève constituée uniquement d'un échange de courriers, le Président de la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte **a fixé à 1'000 fr. l'indemnité de dépens due au requérant à charge du parent succombant.** Le juge cantonal a en outre considéré **qu'il n'y avait pas lieu de mettre à la charge de la recourante les frais de transport du requérant, dès lors que celle-ci n'était pas responsable du report d'audience.** Il apparaît en définitive que l'autorité précédente **n'a pas méconnu les circonstances particulières de l'espèce dans l'application du droit, singulièrement des art. 26 al. 4 CLaH80 et 14 LF-EEA, en condamnant la partie succombante** à verser au requérant, qui a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, **une allocation de dépens pour ses frais de représentation judiciaire.** Le grief est donc mal fondé.

5. Vu ce qui précède, le **recours doit être rejeté** dans la mesure de sa recevabilité. Conformément à l'art. 26 al. 2 et 3 CLaH80, **il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral. Il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de dépens pour la procédure fédérale à l'intimé qui n'a pas été invité à se déterminer** (art. 26 al. 4 CLaH80).

- (ii) Dans une **affaire helvético-belge** qui mettait en cause la Convention de Luxembourg de 1980, le recourant reprochait au tribunal cantonal d'avoir omis d'appliquer le principe de la gratuité prévu par l'article 5 ch. 3 de ce texte, auquel l'article 14 LF-EEA se rapporte expressément. Le Tribunal fédéral rejette le recours au motif que l'art. 5 ch. 3 ne s'applique que si la demande fondée sur la Convention de Luxembourg sollicite l'intervention de l'Autorité centrale, ce que le recourant avait omis de faire.

Affaire helvético-belge : ATF 5A_90/2013 du 27.06.2013

« 5. Le recourant fait enfin grief à la **cour cantonale d'avoir mis des frais et des dépens à sa charge.**

l'art. 5 par. 3 de la Convention de Luxembourg prévoit que, à l'exception des frais de rapatriement, chaque État contractant s'engage à n'exiger du demandeur aucun paiement pour toute mesure prise par l'autorité centrale pour le compte de celui-ci - dont celle tendant à assurer la reconnaissance et l'exécution de la décision (art. 5 par. 1 let. c de la Convention de Luxembourg) -, y compris les frais et dépens du procès et, lorsque c'est le cas, les frais entraînés par la participation d'un avocat. **Le demandeur doit néanmoins avoir eu recours à l'autorité centrale pour prétendre à la gratuité de la procédure** (arrêt 5P.71/2000 du 8 mars 2000 consid. 3a et les références; rapport explicatif du Conseil de l'Europe sur la Convention de Luxembourg, n. 29 ad art. 5 de la convention). **Dès lors que le recourant s'est en l'espèce directement adressé à la cour cantonale, sans l'intervention de l'autorité centrale, c'est par conséquent à juste titre que la cour cantonale lui a mis des frais et dépens à charge** ».

- (iii) Dans l'affaire **helvético-mexicaine**, le parent ravisseur, le père, avait fait grief au Tribunal cantonal de l'avoir condamné à verser l'intégralité des coûts, qui étaient cependant encore à déterminer, en vertu de la faculté qu'ouvre l'article 26 al. 4 CLaH 80. En rappelant qu'une telle disposition ouvre une marge d'appréciation au Tribunal cantonal, dans l'exercice de laquelle le Tribunal fédéral ne s'immisce que rarement, le Tribunal fédéral approuve la détermination cantonale.

Affaire helvético-mexicaine : ATF 5A_429/2015 du 22.6.2015

« 7. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, das Obergericht **habe die "kann-Vorschrift" von Art. 26 Abs. 4 HKÜ unrichtig angewandt, indem es ihm sämtliche Kosten** (welche mit separater Verfügung noch im Einzelnen bestimmt werden) auferlegt habe.

Das HKÜ-Verfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), **wobei dieser Grundsatz für alle Instanzen gilt** (Art. 14 BG-KKE). Soweit jedoch die Rückgabe des Kindes angeordnet wird, können der Person, die das Kind verbracht oder **zurückgehalten hat, soweit angezeigt die Erstattung der dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegt werden**, wozu insbesondere die Reisekosten, alle Kosten oder Auslagen für das Auffinden des Kindes, Kosten der Rechtsvertretung des Antragstellers und Kosten für die Rückgabe des Kindes gehören (Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

Art. 26 Abs. 4 HKÜ eröffnet dem Sachgericht ein weites Ermessen, in welches das Bundesgericht nach ständiger Praxis nur mit grosser Zurückhaltung eingreift (BGE 132 III 97 E. 1 S. 99; 135 III 121 E. 2 S. 123 f.). Der Beschwerdeführer bringt vor, das Obergericht habe die Norm insofern falsch angewandt, als er **den Erlös aus dem Verkauf seines Schiffes noch nicht erhalten habe bzw. voraussichtlich nie erhalten werde und er durch die vorliegende Angelegenheit auch seine Einkommensquelle verloren habe**. Bei dieser Argumentation vermengt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 26 Abs. 4 HKÜ mit denjenigen der unentgeltlichen Rechtspflege. Weil vom Grundsatz her das Rückführungsverfahren kostenlos ist und auch die Rechtsvertreter unabhängig von den finanziellen Mitteln der Parteien aus der Gerichtskasse bezahlt werden (Art. 26 Abs. 2 HKÜ), ist die unentgeltliche Rechtspflege im Rückführungsverfahren in der Regel entbehrlich, jedenfalls soweit nicht der andere Vertragsstaat einen Vorbehalt im Sinn von Art. 26 Abs. 3 HKÜ angebracht hat, weil diesfalls die Schweiz praxisgemäss Gegenrecht hält. So wie die grundsätzliche Kostenlosigkeit gemäss Art. 26 Abs. 2 HKÜ nicht von der Prozessarmut der Parteien abhängig ist, **hat auch die Kostenauflegung im Fall von Art. 26 Abs. 4 HKÜ nichts damit zu tun. Die Kostenauflegung erfolgt vielmehr in Ausübung des dem Sachgericht zustehenden Ermessens aufgrund der Gegebenheiten im Einzelfall**. Soweit es zur Kostenauflegung kommt, kann eine prozessarme Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen. **In dessen Rahmen werden aber nur die Kosten der eigenen Vertretung übernommen (Art. 118 Abs. 3 ZPO)**, während die übrigen Kosten nicht durch die unentgeltliche Rechtspflege abgegolten werden können.

8. Mit dem vorliegenden Entscheid wird der prozessuale Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Sodann ist aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Entscheide des Obergerichtes auch der Antrag auf Begutachtung von C._____ im Hinblick auf die Reisefähigkeit und eine allfällige Traumatisierung durch die Reise gegenstandslos.

9. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und **die Rechtsvertreter der Beteiligten sind aus der Gerichtskasse zu entschädigen** (Art. 26 Abs. 2 HKÜ).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die **Beschwerde wird abgewiesen**, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Rechtsanwalt Silvio Mayer, Rechtsanwältin Fabienne Brunner und Rechtsanwalt Oliver Bulaty werden aus der Bundesgerichtskasse **mit je Fr. 1'000.--** entschädigt.
3. Dieses Urteil wird den Parteien, C., dem Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, dem Bundesamt für Justiz, Zentralbehörde für Kindesentführungen, und dem Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau, Bürgerrecht und Personenstand, schriftlich mitgeteilt »

- (iv) Dans une affaire **helvético-espagnole**, le recourant critiquait entre autres choses le fait que son avocat s'était vu diminuer par le tribunal cantonal de Lucerne le taux horaire de ses prestations de 15%. Le Tribunal fédéral rappelle que la CLaH 80 est **silencieuse sur les méthodes de détermination des montants qui sont pris en charge** par l'État contractant, que, par conséquent, le droit de celui-ci s'applique à une telle détermination, que, en Suisse, une telle détermination revient au

législateur cantonal, qu'en l'espèce l'application par le tribunal lucernois des critères de calcul fixés par les tarifs cantonaux n'était pas arbitraire.

Affaire helvético-espagnole: ATF 5A_149/2017, 19 avril 2017

« 6. Der Beschwerdeführer kritisiert schliesslich, dass das Kantonsgericht den beteiligten Anwälten und damit auch seinem Anwalt im Unterschied zum Rückführungsverfahren **nur noch 85 % des Stundenansatzes von Fr. 230.-- ausgerichtet habe. Damit werde das Haager Rückführungsübereinkommen verletzt**, weil aufgrund von Art. 26 Abs. 2 HKÜ der Staat die Kosten der Beordnung eines Rechtsanwaltes zu tragen habe und dies gemäss Art. 26 Abs. 3 HKÜ (mangels eines entsprechenden Vorbehaltes von Spanien im Sinn von Art. 42 HKÜ) gerade nichts mit der unentgeltlichen Rechtspflege zu tun habe, weshalb nicht in analoger Anwendung von § 98 Abs. 1 JusG/LU die betreffenden Kriterien übernommen werden dürften.

In Ziff. 3 des Dispositives **hat das Kantonsgericht nicht etwa den Parteien, sondern direkt und persönlich den Parteianwälten und dem Kindesvertreter die aufgrund von deren Honorarnoten festgesetzten Entschädigungen zugesprochen**. Nicht anders als bei der unentgeltlichen Rechtspflege (zuletzt Urteile 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 1.3; 5D_54/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1; 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016 E. 1.3) **ist deshalb einzig der betroffene Rechtsanwalt legitimiert, die Höhe des Honorars anzufechten**. Wie die unentgeltlich vertretene Partei (dazu Urteil 4A_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 1.3) hat nämlich auch die Partei des HKÜ-Verfahrens kein eigenes Interesse an einer höheren Vergütung des Rechtsvertreters, **besteht doch der Zweck von Art. 26 Abs. 2 HKÜ gleichermassen gerade darin, dass ihr keine Kosten durch die Vertretung erwachsen sollen**.

Ohnehin wäre die Kritik auch inhaltlich untauglich. **Art. 26 Abs. 2 HKÜ sagt einzig, dass im Grundsatz der Staat die Kosten der Vertretung der HKÜ-Parteien zu tragen hat. Zur konkreten Bemessung sagt das Übereinkommen nichts**; vielmehr richtet **sich diese nach den einschlägigen kantonalen Tarifen** (vgl. Art. 96 ZPO), deren willkürliche Anwendung vorliegend mit substanziierten Rügen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG) beanstandet werden müsste, wobei Willkür nur vorliegen würde, wenn die Festsetzung des Honorars ausserhalb jeden vernünftigen Verhältnisses zu den vom Anwalt geleisteten Diensten stünde und in krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstiesse (BGE 141 I 124 E. 3.2 S. 126). Dies wird nicht dargelegt und solches ist auch nicht ansatzweise ersichtlich: Das Kantonsgericht ist weit über den für die betreffende Verfahrensart vorgesehenen Tarifrahmen hinausgegangen bzw. hat diesen bewusst nicht angewandt, **indem es alle geltend gemachten 50 Stunden entschädigt hat**, jedoch in analoger Anwendung von § 98 Abs. 1 JusG/LU - welcher im Übrigen nicht nur die unentgeltliche Rechtspflege, sondern auch die amtliche Verteidigung betrifft - nur zu 85 %. Dass damit **der zur wirksamen Ausübung des Mandates benötigte Handlungsspielraum beschränkt worden wäre** (dazu BGE 141 I 124 E. 3.1 S. 126; Urteil 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 3.2.1), wird nicht geltend gemacht. Dieser müsste nämlich analog zur unentgeltlichen Rechtspflege und zur amtlichen Verteidigung garantiert sein, wobei auch im HKÜ-Verfahren **nicht jeder, sondern nur der gebotene Aufwand durch den Staat zu entschädigen ist** (dazu BGE 137 III 185 E. 6.2 S. 188), so dass durchaus auch Kürzungen bei der geltend gemachten Stundenanzahl denkbar wären ».

Démarches envisageables

1. Les deux décisions évoquées *supra*, n° 26, où le Tribunal fédéral a appliqué les exonérations prévues à l'article 26 al. 2 alors même que l'État vers lequel le retour était sollicité avait formulé la réserve de l'article 26 al. 3, invitent **à se demander si l'application du principe de réciprocité, et la disparité de traitement, con-**

sidérable, qu'il créé – selon que l'enlèvement ait été effectué depuis par exemple la France ou depuis l'Italie, et que le parent requérant le retour soit un résident français ou italien – **est, dans l'intérêt de l'enfant, vraiment justifié.**

2. Il serait utile de réaliser des **recherches** – qui semblent ne pas exister à ce jour – sur les coûts pesant sur les collectivités publiques, notamment la Confédération et les Cantons, résultant des enlèvements internationaux de l'étranger vers la Suisse. Il s'agirait d'essayer de calculer, même de manière **approximative**, le **nombre d'heures** que **chaque acteur ou actrice** financés par l'**argent public** passe sur chaque dossier : Office fédéral de la justice, médiateur ou médiatrice, service cantonal de protection, tribunal cantonal, avocat-e-s des parents, curateur ou curatrice, éventuellement psychologue ou psychiatre, tribunal fédéral, autorités d'exécution, etc. On pourrait ainsi avoir une **vision plus claire des conséquences financières qu'entraîne un enlèvement vers la Suisse et de l'argent public dépensé à la suite d'un enlèvement** afin également de déterminer les montants pouvant être investis dans l'**activité de prévention** : telles les **campagnes de sensibilisation**, offre de **cours de parentalité** gratuits spécialement conçus pour les couples bi-nationaux ou mixtes qui ont un enfant, etc.
3. Il serait également utile se savoir quels sont les **coûts** moyens qui restent à la **charge des parents** impliqués c'est-à-dire les conséquences de ces enlèvements sur leur **argent privé** : coûts *directs* (frais d'avocat non pris en charge par le principe de la gratuité, frais de voyages et de séjour, etc.) et coûts *indirects*, comme ceux résultant de la perte de l'emploi par un des parents ou les deux, ou de la *baisse du pourcentage de leur emploi* à laquelle ils ont dû se résoudre en conséquence de la détresse vécue ou la nécessité pour les deux parents, notamment le parent abandonné, de passer de longues semaines sur le territoire de l'État de la résidence et participer à la procédure et continuer à être dans la vie de l'enfant. Il s'agirait là aussi d'arguments à brandir au cours d'éventuelles **campagnes de sensibilisation** et même au cours d'une **tentative de médiation ou conciliation**.

IV. Bibliographie sélective

Anna Claudia Alfieri, Enlèvement international d'enfants : une perspective suisse, Berne 2016, thèse doctorale.

Anna Claudia Alfieri, Enlèvement international d'enfants : premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 13 (2012) p. 550-569.

Stephan Auerbach, « L'enlèvement parental international d'enfants : évolution du cadre légal et des pratiques du Service social international », dans : Guy-Ecabert Christine/Volckrick Elisabeth, *Enlèvement parental international d'enfants, Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Bâle, Neuchâtel 2015, p. 189.

Daniel Bähler, Direkte richterliche Kommunikation und das Internationale Haager Richternetzwerk, FamPra.ch 15 (2014) p. 359-372.

Daniel Bähler, Die Siebte Spezialkommission der Haager Konferenz zur praktischen Handhabung der Übereinkommen über Kindesentführungen und Kinderschutz, FamPra.ch 19 (2018) p. 386-428.

Paul Beaumont et Al., Conflicts of EU courts on child abduction, JPIL 12 (2016) p. 211-260.

Andreas Bucher, Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht, in *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 485-503.

Andreas Bucher, La volonté de l'enfant enlevé, in *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de Margareta Baddeley*, Genève 2017, p. 61-80.

Andreas Bucher, Kindesentführungen gemäss ZPO?, in *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 423-437.

Andreas Bucher, Vollstreckung bei Kindesentführungen, FamPra.ch 19 (2018) p. 377-385.

Andreas Bucher, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, publié en 1^{ère} édition en 2011 - Helbing Lichtenhahn / Bâle, mise à jour, ad art. 85, 7.9.2023.

Andreas Bucher, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 32 (2022) p. 233-258.

Andreas Bucher Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 31 (2021) p. 475-498.

Andreas Bucher Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 30 (2020) p. 425-450.

Andreas Bucher Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 29 (2019) p. 303-327.

Andreas Bucher Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 28 (2018) p. 245-268.

Andreas Bucher Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 27 (2017) p. 227-249.

Andreas Bucher La jurisprudence suisse en droit international privé de la famille, SRIEL, 26 (2016) p. 443-475.

Christelle Chalas, Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant, *Rev.crit.* 2019 p. 111-126.

Anatol Dutta/Andrea Schulz, First Cornerstones of the EU Rules on CrossBorder Child Cases : The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from C. To Health Service Executive, *JPIL* 10 (2014) p. 1-40.

Bastien Durel, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, *RMA* 67 (2012) p. 190-223, version allemande, *RMA* 68 (2013) p. 174-220.

Christine Guy-Ecabert/Elisabeth Volckrick (éd.), Enlèvement parental international d'enfants, *Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Neuchâtel 2015.

Sandor Horvath, Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen : ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, *FamPra.ch* 18 (2017) p. 999-1020.

Joëlle Küng, L'enlèvement international d'enfants : deux ans d'expérience avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger, in *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève 2012, p. 57-75.

Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zurich 2012.

Lucie Mazenauer, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale Kindesentführung – der Anwendungsbereich des KHÜ unter altem und neuem Recht, in *Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts*, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zurich 2014, p. 261-279.

Karin Meyer/Lucie Mazenauer, Internationale Kindesentführung – wie ist das HKÜ auszulegen ?, *FamPra.ch* 14 (2013) p. 57-77.

Anne Reiser, *Au nom de l'enfant : Séparer sans se déchirer*, Favre, 2012.

Daniel Rietiker, Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : L'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 23 (2012) n° 90 p. 377-413.

Gian Paolo Romano, Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale, in: *La Semaine judiciaire. II, Doctrine*, 2019, vol. 141, n° 9, p. 245–280.

Gian Paolo Romano, European family courts and inter-country (arbitration?) courts to deal with cross-border custody disputes, *Yearbook of Private International Law*, 2021/2022, p. 155 s.

Gian Paolo Romano, Droit international dit 'privé' et droit international dit 'public' : éléments d'une théorie unitaire et humanisée du droit international, in : *Journal du droit international*, 2022, p. 4-103 <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158898>>).

Gian Paolo Romano, Freie Rede über Mediation (insbesondere Familienmediation), über Fortschritte, die gemacht wurden, und über Fortschritte, die noch gemacht werden müssen, in *Schweizerischer Verein für Familienmediation – Generalversammlung 2022*, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160299>>.

Gian Paolo Romano, Simples propos sur la prévention des conflits intra-familiaux - Remarques conclusives de la séance constitutive de l'Association pour les Relations Familiales, in *Séance constitutive de l'Association pour les Relations Familiales ARF*, 2020, <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135166>>.

Schreiner Joachim/Schweighauser Jonas/Urwyler David, Arbeitskreis 3: Zivilrechtliche Kindesentführung - die Sicht der Praktiker, dans: *Schwenzer*

Ingeborg/Büchler Andrea (éd.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2010 (= FamPra.ch 15), p. 100) » (*Die Mediation in Zivilprozessordnung*, FamPra.ch, 2010, 818.

Tine Van Hof/Thalia Kruger, Separation from the Abducting Parent and the Best Interests of the Child: A Comparative Analysis of Case Law in Belgium, France and Switzerland, NILR 65 (2018) p. 131-153.

Katarina Trimmings, Child Abduction within the European Union, Oxford 2013.

Benedetta Ubertazzi, The hearing on the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal, JPIL 13 (2017) p. 568-601.

Federica Falconi, Il trasferimento di competenza nell'interesse del minore alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia, RDIPP 53 (2017) p. 662-692.