



Master

2017

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Enlèvement international d'enfant(s): Analyse des exceptions au retour selon la Convention de La Haye de 1980

Fuchser, Fabienne

How to cite

FUCHSER, Fabienne. Enlèvement international d'enfant(s): Analyse des exceptions au retour selon la Convention de La Haye de 1980. Master, 2017.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:100429>



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Enlèvement international d'enfant(s): Analyse des exceptions au retour selon la Convention de La Haye de 1980

Dans le cadre du séminaire :
Le droit de la famille : (r)évolutions

Sous la direction de Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN
Professeure à l'Université de Genève

Manuela SAENZ DEVIA
Assistante

Mémoire de Fabienne Fuchser
Semestre de printemps 2017

TABLES DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS	4
CHAPITRE 1 INTRODUCTION.....	5
 CHAPITRE 2 LES NOTIONS CLÉS	6
2.1 <u>La résidence habituelle</u>	6
2.2 <u>Le droit de garde</u>	7
2.3 <u>L'illicéité du déplacement ou non-retour</u>	8
 CHAPITRE 3 L'EXPIRATION DU DELAI D'UN AN	10
3.1 <u>Le délai et son <i>dies a quo</i></u>	10
3.2 <u>L'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu</u>	12
3.3 <u>Le fardeau de la preuve</u>	13
 CHAPITRE 4 LA RENONCIATION AU RETOUR	14
4.1 <u>L'exercice non effectif de la garde</u>	14
4.1.1 <u>La notion</u>	14
4.1.2 <u>Le fardeau de la preuve</u>	15
4.2 <u>L'accord du parent</u>	16
4.2.1 <u>Le consentement ou l'acquiescement</u>	16
4.2.2 <u>Les modalités de l'accord</u>	17
4.2.3 <u>Le fardeau de la preuve</u>	18
 CHAPITRE 5 L'OPPOSITION DE L'ENFANT	19
5.1 <u>L'audition de l'enfant</u>	19
5.2 <u>Un motif de refus autonome</u>	20
5.2.1 <u>L'âge et la maturité</u>	20
5.2.2 <u>Le contenu de la parole de l'enfant</u>	21
5.2.3 <u>La pratique des tribunaux et la volonté de l'enfant</u>	22
 CHAPITRE 6 LA MISE EN DANGER DE L'ENFANT	25
6.1 <u>L'intérêt de l'enfant</u>	25
6.2 <u>L'existence d'un danger pour l'enfant</u>	25

6.2.1	Le danger physique et psychologique	27
a)	<i>Un contexte de violences familiales</i>	27
b)	<i>La situation générale du pays de résidence habituelle</i>	30
6.2.2	La situation intolérable	31
a)	<i>La notion</i>	31
b)	<i>La clarification en droit suisse</i>	31
i.	<i>Le placement auprès du parent requérant</i>	32
ii.	<i>La relation entre le parent ravisseur et l'enfant</i>	33
iii.	<i>Le placement auprès d'un tiers</i>	34
6.3	<u>L'interprétation par la CourEDH</u>	35
 CHAPITRE 7 LA VIOLATION DES REGLES FONDAMENTALES DES DROITS HUMAINS		37
7.1	<u>Le rôle de l'exception</u>	37
7.1.1	L'historique	37
7.1.2	L'application exceptionnelle	38
7.2	<u>La délimitation avec la situation intolérable</u>	39
7.2.1	Les différences	39
7.2.2	Les violences domestiques et les droits humains	41
 CHAPITRE 8 CONCLUSION		41
ANNEXE 1 : INDICATEUR CONJONCTUREL DE DIVORTIALITE		43
ANNEXE 2 : MARIAGE SELON LA NATIONALITE DES CONJOINTS		43
BIBLIOGRAPHIE		44
DECLARATION AD PLAGIAT		49

LISTES DES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907, entrée en vigueur 1 ^{er} janvier 1912 (RS 210)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, entrée en vigueur 26 mars 1997 (RS 0.107)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
Cf.	<i>Confer</i>
CLaH80	Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants, du 25 octobre 1980, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 1984 (RS 0.211.230.02)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Consid.	Considérants
C.R.	Commentaire romand
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2000 (RS 101)
Et al.	Et <i>alius</i> (et autres)
Let.	Lettre
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 2009 (RS 211.222.32)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 1989 (RS 291)
OFJ	Office fédéral de la justice
p.	Page
par.	Paragraphe
SJ	Semaine judiciaire
ss	(et) Suivants
TF	Tribunal fédéral

CHAPITRE 1 INTRODUCTION

Les relations familiales, en Suisse comme ailleurs, ressemblent rarement à un havre de paix. Les liens entretenus se nouent et se dénouent suivant une trame parfois complexe mais certainement pleine de rebondissements. L'augmentation des couples binationaux d'un côté et des divorces ou séparations de l'autre a engendré une multiplication d'enlèvements internationaux d'enfant¹. Ce dernier, victime de la séparation de ses parents, est enlevé vers un autre pays, hors de son environnement habituel. Face à ce phénomène, la communauté internationale, désirant protéger l'enfant, a résolu de conclure la Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Les rédacteurs de la Convention étaient partis de l'idée que le cas classique d'enlèvement international serait généré par le père, tentant de fuir vers un État plus favorable à lui accorder le droit de garde ; cependant dans environ 70% des cas, c'est la mère qui est le parent ravisseur². En effet, la mère, s'étant établie dans le pays de résidence du père de ses enfants, souhaite souvent retourner, avec ces derniers, dans son pays d'origine, après le divorce ou la séparation. Afin de décourager le parent souhaitant enlever ses enfants, la CLaH80 prévoit une procédure d'urgence permettant le retour rapide de l'enfant dans l'État dans lequel il résidait avant l'enlèvement. La Convention est, en effet, bâtie autour de ce principe selon lequel le meilleur moyen pour garantir le bien de l'enfant, en cas d'enlèvement international, est de prioriser le retour immédiat. Ce principe, ancré à l'art. 12 al. 1 CLaH80, prévoit que le retour de l'enfant doit être prononcé lorsqu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du jour de l'enlèvement. La Convention, cependant, instaure des exceptions à ce principe, articulées aux arts. 12 al. 2, 13 et 20 CLaH80.

C'est ce dernier point, soit l'analyse des différentes exceptions au retour selon la CLaH80, que ce travail se propose d'examiner. Nous commencerons par définir les notions clés indispensables à la compréhension du système de protection de la CLaH80 (chapitre 2). Dans un second temps, nous présenterons les différentes exceptions qui permettent de refuser le retour de l'enfant soit l'expiration du délai d'un an (chapitre 3), la renonciation au retour (chapitre 4), l'opposition de l'enfant au retour (chapitre 5), la mise en danger de l'enfant (chapitre 6) et finalement la violation des règles fondamentales des droits humains (Chapitre 7) en procédant, pour chacune d'entre elles, à un approfondissement de la matière

¹ ALFIERI, p. 1. Exemples avec l'augmentation des mariages mixtes et divorce, Cf. ANNEXE 1, 2.

² OFJ, p. 1.

permettant une meilleure vue d'ensemble du système des exceptions au retour au sens de la CLaH80.

CHAPITRE 2 LES NOTIONS CLÉS

Selon une tradition bien établie, la Convention de la Haye évite de définir les termes qu'elle utilise lors de la rédaction de ses Conventions et la CLaH80 n'y fait pas exception³. La seule définition qu'elle nous donne se trouve à l'art. 5, le droit de garde. Lors de la deuxième réunion de la Commission spéciale de 1993 sur le fonctionnement de la CLaH80, celle-ci conclut que les concepts clés « qui circonscrivent le champ d'application de la Convention », soit la résidence habituelle, le droit de garde et l'illicéité du déplacement ou du non-retour doivent être appliqués par tous les États membres et ne dépendent pas de l'acceptation dans leur droit interne⁴. Le fonctionnement de la CLaH80 repose donc sur des notions autonomes, permettant une application uniforme dans les différents États parties et elles méritent, de ce fait, quelques éclaircissements.

2.1 La résidence habituelle

Le terme « résidence habituelle » de l'enfant est un critère décisif⁵. Selon le principe du retour immédiat (art. 12 al. 1 CLaH80), l'enfant retourne dans l'État de sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement. Il est donc primordial de connaître la signification de cette notion afin de déterminer dans quel pays l'enfant doit retourner.

La résidence habituelle est reconnue comme une notion de pur fait, indépendante de tout facteur subjectif (*animus manendi*), évitant ainsi des difficultés liées à des notions différentes selon les États parties⁶. Le Tribunal fédéral allègue qu'il faut interpréter la résidence habituelle de manière autonome ; il précise qu'elle « correspond au centre effectif de la vie de l'enfant. Ce dernier se détermine sur la base de circonstances concrètes reconnaissables de l'extérieur comme la durée du séjour et les relations créées dans ce cadre »⁷.

³ ALFIERI, p. 44 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 53.

⁴ Conférence de La Haye sur le droit international privé, Rapport, 2^{ème} partie, conclusion 2; KÜNG, p. 62.

⁵ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 91 ; KUNG, p. 63.

⁶ ALFIERI, p. 59 ; DESCHENAUX, p. 36 ; MAZENAUER, p. 7.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_293/2016 du 8 août 2016, consid. 3.1.

Différents indices sont ainsi recherchés afin de déterminer quelle est la résidence habituelle de l'enfant ; la durée du séjour, la scolarisation, les liens familiaux et sociaux, la maîtrise de la langue sont des indicateurs essentiels sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant⁸. Toutefois, dans la pratique, bien que la résidence habituelle doive se déterminer pour chaque personne séparément, pour un enfant elle coïncide généralement avec le centre de la vie de l'un des parents au moins⁹.

En raison de la nature purement factuelle de la résidence habituelle, il est concevable qu'un enfant puisse changer de résidence habituelle même lors d'un cas d'enlèvement international d'enfant¹⁰. En effet, lorsque la nouvelle résidence se prolonge à tel point qu'elle aboutit à une intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, le centre effectif de l'existence de l'enfant va changer et la résidence habituelle de l'enfant sera par conséquent modifiée¹¹. Néanmoins, afin d'éviter que l'auteur de l'enlèvement ne puisse se prévaloir de cet acte illicite et modifier ainsi la compétence des autorités à statuer sur le droit de garde, la CLaH80 prive les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant a été déplacé, confrontées à un cas d'enlèvement international, de statuer sur le fond du droit de garde (art. 16)¹².

2.2 Le droit de garde

Le droit de garde selon la CLaH80 est une notion large, parfois plus large que ce qui prévaut en droit interne¹³. L'art. 5 let. a CLaH80 définit le droit de garde comme le droit portant sur les soins de l'enfant et plus précisément celui de déterminer son lieu de résidence. L'art. 3 al. 2 CLaH80 précise qu'un droit de garde peut résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État. Au niveau terminologique, il faut considérer la notion de droit de garde comme étant semi-autonome ; en effet, ce dernier est attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle, mais doit néanmoins correspondre aux exigences de la Convention¹⁴.

⁸ ALFIERI, p. 63 ; LEVANTE, p. 200.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_293/2016 du 8 août 2016, consid. 3.1. DESCHENAUX, p. 36.

¹⁰ ALFIERI, p. 69 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 29.

¹¹ ALFIERI, p. 69 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 29.

¹² ALFIERI, p. 70 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 32, 33.

¹³ HUTCHINSON et *al.*, p. 6.

¹⁴ ALFIERI, p. 48 ; KUNG, p. 62 ; MAZENAUER, p. 13.

Pour comprendre le droit de garde au sens de la Convention, il faut se référer à son contenu et non à sa désignation dans l'État partie¹⁵. Le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, respectivement de participer à cette décision est un droit de garde au sens de la Convention¹⁶. Ainsi, le parent détenteur de la garde de fait, c'est-à-dire celui qui encadre quotidiennement l'enfant et lui donne ce dont il a besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique et psychique, n'empêchera pas l'autre parent d'être détenteur du droit de garde au sens de la Convention¹⁷. Il suffit que ce dernier conserve le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant¹⁸.

Afin de connaître l'attributaire du droit de garde, il y a lieu de se référer uniquement à l'ordre juridique de l'État de résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour¹⁹. Le Tribunal fédéral explicite que l'État requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires et administratives de l'État de résidence habituelle de l'enfant ; il n'est pas nécessaire que la décision portant sur l'attribution de la garde soit reconnue ou valable dans l'État requis (art. 14 CLaH80)²⁰.

Sous l'angle du droit suisse, depuis le 1^{er} juillet 2014, l'autorité parentale conjointe est devenue le principe (art. 296 al. 2 CC). Elle inclut désormais le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). De cette manière, les titulaires de l'autorité parentale doivent décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant. Lors du déplacement de l'enfant à l'étranger, il est précisé à l'art. 301a al. 2 let. a CC que le parent exerçant conjointement l'autorité parentale, ne peut modifier la résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent. Par conséquent, le parent détenteur de l'autorité parentale mais n'exerçant pas la garde de fait, est titulaire du droit de garde au sens de la CLaH80.

2.3 L'illicéité du déplacement ou du non-retour

Alors que le titre de la CLaH80 se réfère à l'expression « enlèvement international », les dispositions conventionnelles se réfèrent aux terminologies « déplacement » ou « non-retour ». Les rédacteurs de la Convention l'ont fait de manière consciente, souhaitant garder

¹⁵ ALFIERI, p. 48 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 434.

¹⁶ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 185.

¹⁷ ALFIERI, p. 50 ; MEIER/STETTLER, N 1216 ss.

¹⁸ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 185.

¹⁹ ATF 133 III 693, consid. 2.1.1. BUCHER, L'enfant en DIP, N 436 ; DUTOIT, LDIP 85 N 91.

²⁰ ATF 133 III 693, consid. 2.1.1. BEAUMONT/McELEVAY, p. 65 ; DUTOIT, LDIP 85 N 91.

le mot « enlèvement » dans le titre en raison de son emploi habituel par les médias, et le retentissement qu'il a auprès de l'opinion publique²¹. Toutefois, le délit pénal visé par le terme « enlèvement » ou « *kidnapping* » ne fait pas l'objet de cette Convention et par conséquent, celle-ci a eu recours aux termes de « déplacement » et « non-retour »²².

Selon l'art 3 CLaH80, le déplacement ou le non-retour est considéré illicite « (a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour et (b) que ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour ». L'ensemble de cet article constitue une disposition clé car elle précise les conditions qui doivent être réunies pour qu'une situation de déplacement ou non-retour puisse être qualifiée d'illicite ; ce n'est que dans le cas où ces conditions sont remplies que la Convention impose un retour immédiat²³.

Deux conditions cumulatives doivent être remplies soit l'élément juridique, la violation d'un droit de garde et l'élément factuel, l'exercice effectif de ce droit²⁴. Concernant, premièrement, l'élément juridique, le droit de garde est violé lorsque le seul détenteur de ce droit, et plus particulièrement du droit de décider de la résidence de l'enfant, n'est plus en mesure de l'exercer en raison d'un déplacement ou d'un non-retour²⁵. Lorsque les deux parents sont codétenteurs du droit de garde au moment de l'enlèvement, la condition de l'illicéité est remplie et cela même si une procédure est en cours dans l'État de résidence habituelle de l'enfant pour l'attribution exclusive du droit de garde au parent requérant le retour ; la Convention a pour but de protéger le droit de garde qui existe au moment du déplacement ou du non-retour²⁶. Selon l'art. 15 CLaH80, l'autorité compétente de l'État requis peut demander la production par le parent requérant d'une décision émanant de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, attestant l'illicéité du déplacement ou du non-retour au sens de l'art. 3 CLaH80.

²¹ ALFIERI, p. 1 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 53.

²² ALFIERI, p. 1 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 53.

²³ ALFIERI, p. 44 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 64.

²⁴ ALFIERI, p. 44 ; MAZENAUER, p. 12 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 65.

²⁵ MAZENAUER, p. 16.

²⁶ ALFIERI, p. 45 ; DUTOIT, LDIP 85 N 91.

S'agissant l'élément factuel soit l'exercice effectif du droit de garde, il ressort de l'art. 3 let. b CLaH80 que seules les relations effectives entre l'enfant et le parent sont protégées²⁷. Les modalités de l'exercice effectif du droit de garde sont, certes, liées à l'illicéité du déplacement ou du non-retour mais sont également pertinentes sous l'angle des exceptions au retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle et plus particulièrement du point de vue de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80²⁸. Par conséquent, la manière dont le parent doit s'être occupé de l'enfant pour établir un exercice effectif du droit de garde ainsi que le fardeau de la preuve feront l'objet d'une analyse détaillée sous l'angle de l'exception de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80²⁹.

CHAPITRE 3 L'EXPIRATION DU DÉLAI D'UN AN

3.1 Le délai et son *dies a quo*

Au sens de l'art. 12 al. 2, lorsqu'un enfant est déplacé ou retenu illicitement le tribunal peut renoncer à ordonner le retour de l'enfant à sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement si une période d'une année s'est écoulée, depuis le déplacement ou le non-retour et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Cette disposition reconnaît d'une part, qu'après un délai d'un an et une intégration de l'enfant, le retour immédiat de l'enfant n'atteint plus l'objectif visant la protection de l'enfant ; d'autre part, elle reconnaît également la possibilité de renvoyer l'enfant même après l'écoulement du délai³⁰. L'introduction de cette exception dans la Convention assouplit les conséquences d'un délai trop rigide³¹. En effet, le rétablissement de la situation antérieure peut avoir des répercussions néfastes sur le bien de l'enfant³². En particulier si celui-ci s'est déjà intégré dans son nouveau milieu, un retour signifierait un nouveau déracinement et ne ferait qu'ajouter une souffrance supplémentaire à celle vécues par l'enlèvement ; au contraire, si l'enfant n'a pas réussi à tisser de nouveaux liens avec le pays de l'État requis, il est dans son intérêt de retourner dans son pays de résidence habituelle malgré l'écoulement du délai³³.

²⁷ ALFIERI, p. 57 ; MAZENAUE, p. 17 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 72.

²⁸ MAZENAUE, p. 17.

²⁹ Cf. 4.1.

³⁰ ALFIERI, p. 93 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 203 ; SCHUZ, p. 225.

³¹ RAPPORT EXPLICATIF, N 109.

³² ALFIERI, p. 92 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 203 ; ZURCHER, p. 67.

³³ ALFIERI, p. 92 ; MAZENAUE, p. 95 ; ZURCHER, p. 66.

Il ressort de l'art. 12 al. 1 CLaH80 que le point de départ du délai se situe à la date du déplacement ou du non-retour illicite³⁴. Du point de vue terminologique, une différenciation est faite entre le non-retour et le déplacement, afin d'identifier précisément la date de l'enlèvement de l'enfant³⁵.

L'élément essentiel, lors d'un déplacement, c'est le fait d'enlever son enfant résident habituellement dans un État contractant dans un autre État contractant ; à partir du jour où l'enfant franchit la frontière, il sera considéré comme déplacé³⁶. S'agissant du non-retour, le cas typique est celui où l'enfant quitte sa résidence habituelle, après un accord entre les deux parents, pour une certaine période. Cependant, après l'écoulement de cette période, l'enfant ne revient pas³⁷. Dans plusieurs cas, le parent, dont le droit de garde est violé, n'est pas au courant de l'intention de l'autre parent de retenir l'enfant dans un autre État, jusqu'au jour où l'enfant est censé revenir et ne revient pas³⁸. Le départ de la période concernant le non-retour se situe alors au terme de la période qui avait été prévue³⁹.

La détermination du moment à partir duquel part *le dies a quo* soulève plusieurs incertitudes dont deux en particulier. La première a trait au départ du délai lorsque les parents ont prévu une date de retour mais le parent manifeste déjà avant cette date sa volonté de ne pas retourner l'enfant. Le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois dans un arrêt de 2013⁴⁰. Il décide que le départ du délai d'une année commence au plus tôt le jour prévu pour le retour. Le Tribunal fédéral explique que cette interprétation permet d'éviter une longue procédure tendant à déterminer à quel moment le parent a décidé de ne pas respecter cette date⁴¹. De cette manière, le juge ne désavantage pas le parent requérant le retour mais prend également en compte l'intérêt de l'enfant⁴².

L'interprétation du Tribunal fédéral met également en lumière la problématique de la deuxième incertitude que soulève la détermination du *dies a quo* lors d'une situation de non-retour. En effet, c'est la situation dans laquelle aucune date de retour n'a été prévue. En

³⁴ SCHUZ, p. 226.

³⁵ SCHUZ, p. 142.

³⁶ BEAUMONT/McELEVAY, p. 39 ; SCHUZ, p. 142.

³⁷ BEAUMONT/McELEVAY, p. 40.

³⁸ SCHUZ, p. 143.

³⁹ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 238 ; MAZENAUER, p. 101.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_822/2013 du 28 novembre 2013.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_822/2013 du 28 novembre 2013, consid. 2.2.

⁴² BEAUMONT/McELEVAY, p. 42.

principe, la date de ce départ se situe au moment où le parent enleveur a pris, intérieurement, la décision de ne pas retourner l'enfant dans son pays de résidence habituelle⁴³. Cependant, en pratique, il est difficile de définir à quel moment le parent a pris cette décision et, de plus, il serait injuste de pénaliser le parent requérant en commençant la période d'une année sans qu'il ne le sache ; la date du départ du délai équivaut dans ce cas au jour où la décision du parent enleveur est visible de l'extérieur⁴⁴. Cette décision intérieure devient observable de l'extérieur lorsque le parent ravisseur prend des mesures afin de garder l'enfant dans le nouvel État en requérant, par exemple, une modification du droit de garde ou lorsqu'il refuse, d'une manière ou d'une autre, que l'enfant retourne dans son pays d'origine⁴⁵.

3.2 L'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu

Lorsque le délai d'une année n'est pas respecté, le retour de l'enfant au pays de sa résidence habituelle est toujours possible, à moins que l'enfant se soit intégré dans son nouveau milieu (art. 12 al. 2 CLaH80). Un enfant est intégré dans son nouvel environnement lorsqu'il est attaché à son entourage, que celui-ci correspond à son intérêt et que l'enfant, lui-même, s' imagine rester dans le nouvel état dans lequel il a été emmené ; afin de faciliter l'application de la notion d'intégration de l'enfant, certains critères ont été développés par la doctrine et la jurisprudence⁴⁶.

Un premier indicateur important, quant à l'intégration de l'enfant, est la maîtrise de la langue du nouvel État ou la rapidité avec laquelle il l'a apprise; l'enfant peut facilement communiquer avec son entourage et créer des liens plus rapidement que celui qui ne maîtrise pas du tout la langue⁴⁷. Deux autres critères pertinents sont les relations de l'enfant avec sa famille ou des enfants de l'école. Un enfant qui établit des contacts réguliers avec des membres de sa famille, les enfants du voisinage et de l'école peut facilement s'adapter à son nouveau pays d'accueil⁴⁸. Finalement, l'âge de l'enfant influence également la fixation de

⁴³ EHRLE, p. 49 ; MAZENAUE, p. 101.

⁴⁴ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 41 ; EHRLE, p. 49 ; MAZENAUE, p. 11.

⁴⁵ EHRLE, p. 49 ; MAZENAUE, p. 11.

⁴⁶ EHRLE, p. 67 ; MAZENAUE, p. 105.

⁴⁷ EHRLE, p. 67 ; MAZENAUE, p. 105.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5P.310/2002 du 18 novembre 2002, consid. 2.1. ALFIERI p. 93 ; EHRLE, p. 67 ; MAZENAUE, p. 106.

nouvelles racines dans l'État de refuge⁴⁹. Un jeune enfant, dont les liens avec l'ancien État sont relativement faibles, développera rapidement un attachement à son nouvel environnement grâce à ses nouveaux amis, l'école et sa famille ; par contre, un adolescent aura plus de difficultés à s'enraciner dans son nouveau milieu et ne lâchera que difficilement ses attaches à son pays d'origine⁵⁰.

En revanche, si l'enfant n'a pas tissé de liens avec le nouvel État, il n'y a pas lieu de refuser le retour sur la base seule de l'art. 12 al. 2 CLaH80. De même, si l'enfant a été amené à se déplacer une ou plusieurs fois avant de s'installer dans le nouvel État, il n'aura pas toujours eu le temps de s'intégrer dans son nouveau milieu comme cela aurait peut-être été le cas, s'il avait été directement déplacé dans le nouveau pays⁵¹.

3.3 Le fardeau de la preuve

La Convention ne précise pas qui doit prouver l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu⁵². Selon les rédacteurs de la Convention il « semble logique de penser qu'une telle tâche incombe à l'enleveur ou à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant »⁵³. Ils ajoutent que l'art. 12 al. 2 CLaH80 implique que l'autorité compétente de l'État requis, saisie après un délai d'une année, doit déterminer d'office si l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu⁵⁴. Andreas BUCHER rejoint la position des rédacteurs sur ce point mais avance que l'art. 12 al. 2 CLaH80 constitue, certes, une exception au principe du retour mais n'est pas déterminant pour mettre la preuve de ce facteur de décision à la charge du parent qui s'oppose au retour ; son argument repose sur l'autonomie qu'il faut laisser aux autorités pour apprécier la question du renvoi de l'enfant en cas de non-respect du délai par le parent lésé⁵⁵. Bien que nous soyons d'accord sur ce dernier point, nous nous rallions à la première réflexion qui met le fardeau de la preuve à la charge du parent enleveur. Nous pensons que le parent ravisseur est le plus à même d'apporter les éléments de preuves nécessaires quant à l'intégration de l'enfant et aura, par ailleurs, souvent intérêt à le faire s'il veut garder son enfant auprès de lui.

⁴⁹ BEAUMONT/McELEVAY, p. 207 ; EHRLE, p. 68 ; MAZENAUER, p. 105.

⁵⁰ ALFIERI, p. 93 ; BEAUMONT/McELEVAY, p. 205 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 458 ; MAZENAUER, p. 109.

⁵¹ ALFIERI, p. 93 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 458 ; PAPE, p. 67.

⁵² DESCHENAUX, p. 46 ; EHRLE, p. 67 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 109.

⁵³ EHRLE, p. 67 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 109.

⁵⁴ BUCHER, L'enfant en DIP, N 458 ; EHRLE, p. 67 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 109.

⁵⁵ BUCHER, L'enfant en DIP, N 459.

CHAPITRE 4 LA RENONCIATION AU RETOUR

L'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 se divise en 3 exceptions : l'acquiescement, le consentement et l'exercice non-effectif de la garde. Il faut retenir que la Convention vise, par cet article, les situations où le comportement du parent, qui prétend au retour de l'enfant, soulève des doutes quant à l'illicéité du déplacement ou du non-retour⁵⁶.

4.1 L'exercice non-effectif de la garde

4.1.1 La notion

Cette exception, articulée à l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 première partie, reflète l'objectif de la Convention soit la protection du droit de l'enfant à la stabilité des aspects sociaux de sa vie, c'est-à-dire le droit de l'enfant de ne pas voir ses conditions sociales affectives altérées⁵⁷. La demande de retour peut échouer du fait que le requérant n'exerçait pas effectivement son droit de garde lors du déplacement ou non-retour.

Il est difficile de décrire exactement les caractéristiques de l'exercice effectif de ce droit car ses modalités d'exercice diffèrent d'une situation à l'autre⁵⁸. Cependant, il est possible d'en donner les contours. Un premier point à relever, c'est la nature juridique et factuelle de ce droit⁵⁹. Il ne suffit pas que le parent soit titulaire de la garde au sens de la Convention mais qu'en plus il y ait un lien social et émotionnel entre le parent et l'enfant, qui contribue au bien de ce dernier. En deuxième lieu, la condition de l'exercice effectif du droit de garde doit être admise de façon large ; le Tribunal fédéral le rappelle dans un arrêt de septembre 2012 et c'est pourquoi il rejette les prétentions de la mère, auteur de l'enlèvement, qui prétendait que le père ne venait que rarement voir son enfant et passait peu de temps avec lui⁶⁰. Dans un autre cas, le Tribunal fédéral précise que le titulaire du droit de garde doit avoir clairement abandonné l'exercice de son droit et ne plus se soucier de l'enfant ; des contacts réguliers suffisent pour établir l'exercice effectif et ce même si l'enfant est placé chez des tiers, par

⁵⁶ LOWE [*et al.*], N 17.38 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 38.

⁵⁷ RAPPORT EXPLICATIF, N 72 ; SCHMID, p. 1332 ; SCHUZ, p. 161.

⁵⁸ ALFIERI, p. 57 ; MAZENAUER, p. 112.

⁵⁹ MAZENAUER, p. 113 ; ZURCHER, p. 78.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5a_550/2012 du 10 septembre 2012, consid. 3.3.3 / SJ 2013 I p. 25.

exemple chez les grands-parents, ou dans un internat⁶¹. Finalement, le Tribunal fédéral nie l'exercice effectif du droit de garde lorsque le parent, en l'occurrence le père, entretient des contacts très irréguliers pendant 2 ans avec son enfant⁶². Le père n'a pas su démontrer qu'entre avril 2007 et septembre 2009, il s'était soucié d'une quelconque manière de son fils que ce soit au niveau de l'implication personnelle dans l'éducation ou encore au niveau financier, le père n'ayant versé la contribution alimentaire que de manière épisodique⁶³.

4.1.2 Le fardeau de la preuve

La CLaH80 fait référence à deux reprises à l'exercice effectif du droit de garde soit à l'art. 3 let. b et art. 13 al. 1 let. a CLaH80 ; l'articulation entre ces deux dispositions a amené certaines incertitudes⁶⁴. Selon l'art. 3 let. b CLaH80, l'illicéité du déplacement ou du non-retour de l'enfant provient de la violation d'un droit garde exercé de manière effective. C'est au parent requérant de prouver que le déplacement de l'enfant est illicite et viole son droit de garde⁶⁵. Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80, c'est au parent s'opposant au retour de prouver qu'il y a une absence d'exercice effectif du droit de garde⁶⁶. La différence entre les deux articles se situe donc au niveau du fardeau de la preuve.

En respectant cette logique, le parent ravisseur aura peu, voir aucune chance de succès de prouver l'absence d'exercice du droit de garde, si le parent requérant le retour a déjà prouvé qu'il l'exerçait effectivement au sens de l'art. 3 let. b CLaH80⁶⁷. C'est pourtant en rapprochant ces deux dispositions que la véritable nature de la condition de l'art. 3 let. b CLaH80 ressort⁶⁸. En effet, cette condition a pour but de délimiter et limiter l'application de la Convention dans les cas où le parent n'exerçait pas effectivement son droit de garde. De ce fait, en raison du caractère non formel de l'art. 3 al. 1 let. b CLaH80, il suffit, pour le parent lésé, d'apporter de simples évidences pour prouver qu'il s'occupait de manière effective de l'enfant ; l'autorité compétente, de son côté, n'initie pas de vérifications approfondies⁶⁹. Par ailleurs, le caractère informel de l'art. 3 al. 1 let. b est souligné à l'art. 8 CLaH80 ; parmi les

⁶¹ ATF 133 III 694, consid. 2.2.1. BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 246 ; MAZENAUE, p. 116 ; SCHMID, p. 1332 ; ZURCHER, p. 78.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_441/2010 du 7 juillet 2010, consid. 2.2.

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_441/2010 du 7 juillet 2010, consid. 2.2.

⁶⁴ EHRLE, p. 44 ; SCHUZ, p. 158.

⁶⁵ ALFIERI, p. 57 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 73.

⁶⁶ BUCHER, L'enfant en DIP, N 437 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 73.

⁶⁷ RAPPORT EXPLICATIF, N 73 ; SCHUZ, p. 158.

⁶⁸ ALFIERI, p. 57 ; RAPPORT EXPLICATIF 73.

⁶⁹ ALFIERI, p. 57 ; EHRLE, p. 46 ; MAZENAUE, p. 121 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 73.

informations que doit contenir la demande de retour introduite par le parent lésé, l'art. 8 al.1 let. c exige uniquement « les motifs sur lesquels se base le demandeur pour réclamer le retour »⁷⁰.

Selon le Tribunal fédéral la condition de l'art. 3 al. 1 let. b CLaH80 est présumée remplie lorsque le parent requérant engage des démarches pour récupérer son enfant⁷¹. Cependant, s'il existe un doute, il appartient ensuite au parent s'opposant à la demande de retour de prouver l'absence de garde effective et par conséquent d'en apporter la preuve selon l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80⁷². En conclusion, la différence fondamentale réside dans le fait que la Convention place le parent ravisseur, souhaitant s'opposer au retour selon l'art 13 al. 1 let. a CLaH80, devant un véritable fardeau de la preuve ; cette dernière est plus difficile à apporter que sous l'angle de l'art. 3 al.1 let. b CLaH80⁷³.

4.2 L'accord du parent

L'art. 13 al. 1 let. a CLaH80, dans sa deuxième partie, prévoit que le retour de l'enfant peut être refusé lorsque le comportement du requérant démontre que celui-ci accepte le changement du lieu de résidence de l'enfant. Cette exception au retour évite une référence à l'exercice de bonne foi du droit de garde afin que la Convention ne puisse être utilisée « comme un instrument de marchandage possible entre les parties »⁷⁴.

4.2.1 **Le consentement ou l'acquiescement**

Selon l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80, l'accord du parent requérant le retour peut prendre deux formes : le consentement ou l'acquiescement. La distinction entre les deux est de nature temporelle, dépendant de la période à laquelle l'accord a été donné⁷⁵.

Le consentement, donné avant le déplacement ou le non-retour, par lequel le parent qui s'oppose au retour démontre que l'enlèvement n'était pas illicite au sens de l'art. 3 al. 1 let. a

⁷⁰ MAZENAUER, p. 121 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 73.

⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_ 550/2012 du 10 septembre 2012, consid. 3.3.3 ; ATF 133 III 694, consid. 2.2.1.

⁷² ATF133 III 694, consid. 2.2.1.

⁷³ MAZENAUER, p. 121 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 73.

⁷⁴ RAPPORT EXPLICATIF, N 115.

⁷⁵ ZURCHER, p. 87 ; MAZENAUER, p. 124.

CLaH80⁷⁶. En effet, le déplacement ou le non-retour n'est pas illicite s'il a été fait suite à l'accord du parent et par conséquent ne tombe plus dans le champ d'application de cet article⁷⁷. Le consentement comporte un intérêt pratique en cas de garde partagée, puisqu'il établit qu'à l'occasion d'un déménagement à l'étranger, le parent quittant le pays avec l'enfant, ne risque pas de s'exposer à une demande de retour⁷⁸.

L'acquiescement, lui, est postérieur au déplacement ou non-retour de l'enfant. Il peut résulter de l'accord donné par un parent mais également d'une décision rendue par une autorité compétente. Cette forme d'accord exprime l'acceptation du déplacement ou du non-retour mais peut également viser la renonciation à demander le retour de l'enfant⁷⁹. Le Tribunal fédéral a admis que le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné lorsque l'État d'origine de l'enfant rend postérieurement au déplacement ou non-retour de l'enfant, une décision judiciaire accordant la garde au parent ravisseur ; en effet, une telle décision vaut comme un acquiescement postérieur au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80⁸⁰.

4.2.2 Les modalités de l'accord

Le consentement, tout comme l'acquiescement doit être exprimé clairement ; la volonté du parent doit être formée et exprimée en connaissance de cause⁸¹. Il doit comprendre les enjeux et conséquences d'un déplacement de l'enfant vers un État étranger déterminé⁸². L'accord du parent doit viser le transfert durable de l'enfant dans le nouvel État ; pour cette raison, l'accord donné pour des vacances n'est pas suffisant⁸³.

L'accord peut être donné activement c'est-à-dire par oral ou par écrit ; il peut également être donné de manière passive en déduisant des actes du parent que ce dernier a consenti au

⁷⁶ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 247 ; ZURCHER, p. 87.

⁷⁷ LOWE [*et al.*], N 17.43 ; MAZENAUER, p. 125.

⁷⁸ BUCHER, l'enfant en DIP, N 465.

⁷⁹ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 248.

⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.1.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, consid. 6.2.1.

⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_257/2011 du 25 mai 2011, consid. 3. BEAUMONT/MCELEAVY, p. 123.

⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_257/2011 du 25 mai 2011, consid. 3. BEAUMONT/MCELEAVY, p. 123 ; BUCHER, l'enfant en LDIP, N 465.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016, consid. 5.3. BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 247 ; LOWE [*et al.*], N 17.43.

départ de son enfant⁸⁴. Alors que le consentement donné expressément par oral ou par écrit ne pose pas de problèmes majeurs, l'accord passif pose plus de difficultés⁸⁵. Certains indices développés par la doctrine et la jurisprudence permettent de déduire des actes du parent requérant le retour, un consentement ou un acquiescement⁸⁶. Par exemple, l'aide apportée, par la partie lésée, au parent ravisseur dans les préparatifs du futur mode de vie, en le soutenant financièrement, en cherchant un logement ou encore en l'aidant dans ses recherches de travail, est un indicateur qui permet de déduire un consentement ou un acquiescement⁸⁷. Le fait, également, que le parent reste passif, ne fasse aucune démarche pour demander le retour de l'enfant, ou démontre ne pas souhaiter son retour, constitue un indice qui permet de déduire un accord passif⁸⁸.

Dans un arrêt du Tribunal fédéral, une mère, le parent ravisseur, a soutenu que le père avait tacitement accepté le déplacement de l'enfant car il ne s'était pas plaint du déménagement et s'était accommodé du régime de visite élargi⁸⁹. De cette manière, le père aurait acquiescé au déplacement ou non-retour de l'enfant sous la condition d'un droit de visite élargi. Le Tribunal fédéral ainsi que l'autorité cantonale ont rejeté ces allégations car des déclarations conditionnelles ne sont pas suffisantes pour retenir un acquiescement ; ce dernier doit être clair et ne pas laisser place au doute, ce qui n'est pas le cas lors de déclarations conditionnelles⁹⁰.

4.2.3 Le fardeau de la preuve

L'art. 13 al. 1 CLaH80 ne prévoit pas de présomption quant au consentement du déplacement mais en exige la preuve. Celle-ci doit répondre à des exigences élevées : elle doit être pertinente et rigoureuse, c'est-à-dire être prouvée de manière à ne pas laisser de place à l'incertitude⁹¹. Le comportement du parent lésé doit être en contradiction claire avec l'intention de vouloir le retour de l'enfant ; le parent a tout intérêt à s'exprimer avec clarté car

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_520/2010 du 31 août 2010, consid. 3. MAZENAUE, p. 129 ; SCHMID, p. 1332 ; ZURCHER, p. 87.

⁸⁵ ZURCHER, p. 87.

⁸⁶ MAZENAUE, p. 131 ; ZURCHER, p. 87.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5P.199/2006 du 13 juillet 2006, consid. 5. MAZENAUE, p. 132.

⁸⁸ BEAUMONT/McELEVAY, p. 125 ; BUCHER, l'enfant en DIP, N 466 ; MAZENAUE, p. 133.

⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_705/2014 du 15 octobre 2014, consid. 3.3.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_705/2014 du 15 octobre 2014, consid. 3.3.

⁹¹ BUCHER, L'enfant en LDIP, N 466 ; ZURCHER, p. 88.

toute parole ou tout geste peut servir de preuve pour fonder un accord⁹². Le fardeau de cette preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (art. 13 al. 1 CLaH80)⁹³.

Dans un arrêt récent, un père (de nationalité suisse et française), parent ravisseur, tente de prouver l'accord de la mère (de nationalité française) au déménagement des enfants en Suisse avec le père ; il allègue que le déménagement était prévu depuis longtemps, qu'une demande de passeport avait été faite et qu'une connaissance avait attesté le projet⁹⁴. Le Tribunal fédéral rejette ces affirmations au motif que ces éléments permettent tout au plus de considérer objectivement que le père souhaitait que ses fils aient un lien avec la Suisse mais ne sont pas de nature à établir le consentement de la mère⁹⁵. Le comportement de celle-ci ne permet, par ailleurs, pas non plus de déduire un quelconque acquiescement ou consentement puisqu'elle a rapidement engagé une procédure de retour⁹⁶. Cet arrêt illustre les exigences particulièrement élevées de la preuve puisque, selon le Tribunal fédéral, il faut que le parent ravisseur rende objectivement vraisemblable, en présentant des éléments de fait précis, qu'un consentement ou acquiescement clair au déplacement ou au non-retour a été donné⁹⁷.

CHAPITRE 5 L'OPPOSITON DE L'ENFANT

5.1 L'audition de l'enfant

L'art. 13 al. 2 CLaH80 énonce que le juge peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant s'il constate que celui-ci s'y oppose. Aujourd'hui, les droits de l'enfant jouissent de consécutions multiples dans plusieurs conventions internationales dont le droit d'être entendu et le droit s'exprimer dans les procédures qui le concernent, droit concrétisé à l'art. 12 CDE. Cependant, la Convention de La Haye de 1980 n'assure pas explicitement à son art. 13 al. 2 le droit d'être entendu de l'enfant⁹⁸. En effet, la CLaH80 ne mentionne pas

⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_257/2011 du 25 mai 2011, consid. 3. BEAUMONT/MCELEAVY, p. 123 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 248.

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016, consid. 5.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015, consid. 5.1.1.

⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.2.1.

⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.2.1.

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.2.1.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.1.1.

⁹⁸ KLÖTGEN, p. 338 ; PAPE, p. 81.

l'audition de l'enfant mais aborde directement la question du poids de la parole de l'enfant⁹⁹. Il faut se demander s'il existe, pour le juge, une obligation d'auditionner l'enfant dans chaque cas d'espèce selon la CLaH80¹⁰⁰.

La réponse est ambiguë. Si l'art. 13 al. 2 CLaH80 est interprété au regard de l'art. 12 CDE, les États signataires n'ont pas le choix d'auditionner l'enfant, étant donné la consécration du droit d'être entendu de l'enfant¹⁰¹. Toutefois, la raison pour laquelle cette disposition ne mentionne pas l'audition de l'enfant repose, premièrement, sur le fait que la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 n'existait pas encore à l'époque de la rédaction de la Convention de La Haye de 1980. Deuxièmement, certains États parties n'avaient pas, à l'époque de la rédaction de la Convention, d'obligation dans leur droit interne, d'auditionner l'enfant ; la question se posait si c'était réellement dans l'intérêt de l'enfant de l'entendre dans chaque cas d'espèce¹⁰². Les enfants auditionnés pourraient subir des dommages psychiques pensant par la suite, qu'ils ont dû choisir entre leurs parents¹⁰³. Au final, le manque d'obligation explicite crée des pratiques divergentes et il serait plus efficace d'avoir une base légale précise allant dans le sens d'une obligation d'auditionner l'enfant en accord avec le droit international¹⁰⁴. S'agissant du droit suisse, l'art. 9 al. 2 LF-EEA prévoit explicitement qu'en cas d'enlèvement international, l'enfant doit être entendu d'office, sauf justes motifs.

5.2 Un motif de refus autonome

L'autorité compétente peut refuser le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour après l'avoir auditionné. Cette règle revient à faire de l'avis de l'enfant un motif autonome pour refuser la demande de retour¹⁰⁵. Cependant, l'art. 13 al. 2 CLaH80 n'oblige pas le juge à tenir compte de l'avis de l'enfant¹⁰⁶. Le tribunal doit déterminer le poids qu'il entend donner à l'objection de l'enfant en fonction de l'âge et la maturité de ce dernier et l'influence que les parents peuvent avoir sur l'enfant¹⁰⁷.

⁹⁹ GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant, p. 351.

¹⁰⁰ ALFIERI, p. 89 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 179.

¹⁰¹ ALFIERI, p. 89 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 179.

¹⁰² BEAUMONT/MCELEAVY, p. 179 ; KLÖTGEN, p. 338 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 30.

¹⁰³ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 180 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 30.

¹⁰⁴ ALFIERI, p. 90.

¹⁰⁵ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 274 ; DUTOIT, LDIP 85, N 101.

¹⁰⁶ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 180 ; GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant, p. 355.

¹⁰⁷ ALFIERI, p. 91 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p.180 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 274.

5.2.1 L'âge et la maturité

Lors de la rédaction de la Convention, aucun accord n'a pu être trouvé sur l'âge minimum requis pour tenir compte de l'objection de l'enfant et, pour cette raison, la Convention laisse l'application de la clause aux soins des autorités compétentes¹⁰⁸. Étant donné que l'art. 13 al. 2 CLaH80 ne fixe pas d'âge limite pour attribuer des effets à la volonté de l'enfant, la Convention laisse la porte ouverte pour prendre en considération l'avis d'enfants de tous âges¹⁰⁹. La difficulté consiste à trouver des critères afin de déterminer à partir de quel âge ou de quel stade de maturité, il convient de donner du poids à l'opinion de l'enfant¹¹⁰.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le degré de maturité est atteint à l'âge de 11-12 ans¹¹¹. Il se fonde sur les connaissances en psychologie de l'enfant ; l'aptitude cognitive et volitive d'un enfant âgé d'environ 12 ans permet, en principe, à celui-ci de comprendre la problématique d'une éventuelle décision de retour¹¹². La doctrine a, cependant, critiqué cette délimitation, la considérant défavorable à l'enfant¹¹³. En effet, chaque situation étant différente, il est difficilement possible d'établir des règles d'application strictes ; certains enfants, en dessous de cette limite, présentent parfois la maturité suffisante alors que d'autres, en-dessus de la limite, ne disposent parfois pas d'une perception suffisamment équilibrée¹¹⁴.

Bien que l'âge constitue un indicateur important quant à la capacité de discernement de l'enfant, ce n'est pas le seul élément à prendre en compte. En effet, le stade de développement de l'enfant doit être analysé au cas par cas¹¹⁵. Selon le Tribunal fédéral, l'enfant a atteint un degré suffisant de maturité lorsqu'il comprend le sens et la problématique de la décision sur le retour ; il doit donc saisir que la décision en question ne porte pas sur le droit de garde ou l'autorité parentale mais qu'elle vise uniquement à rétablir le *statu quo ante* au déplacement ou non-retour illicite¹¹⁶.

¹⁰⁸ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 191 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 30 ; SCHUZ, p. 323.

¹⁰⁹ ALFIERI, p. 91 ; PAPE, p. 81.

¹¹⁰ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 275.

¹¹¹ ATF 137 III 529, consid. 3.3 / JDT 2012 II p. 371. SCHREINER, p. 106.

¹¹² ATF 133 III 146, consid. 2.4. MAZENAUER, p. 221.

¹¹³ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 61 ; DUTOIT, LDIP 85 N 101.

¹¹⁴ ALFIERI, 89 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 276.

¹¹⁵ BUCHER, L'enfant en DIP, N 486.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016, consid. 5.5.1.

5.2.2 Le contenu de la parole de l'enfant

Lorsque finalement le juge considère que l'enfant a atteint l'âge ou le degré de maturité nécessaire pour que son avis soit pris en considération, il faut encore que son opposition soit considérée comme le résultat d'un sentiment mûr qui reflète ses pensées¹¹⁷. Un enfant, bien que plus influençable qu'un adulte, doit avoir forgé son opinion le plus indépendamment et librement possible des parents ou de personnes tierces ; le juge doit être convaincu que l'enfant ne subit pas de pressions par ses parents ou encore qu'il n'a pas été forcé d'exprimer sa volonté d'une certaine façon¹¹⁸. De plus, le Tribunal fédéral soumet l'enfant et sa manière de s'exprimer à des exigences particulières¹¹⁹. En effet, l'opposition de l'enfant doit être qualifiée, c'est-à-dire « exprimée avec une certaine fermeté et insistance et qu'elle repose sur des motifs particuliers et compréhensibles »¹²⁰. Ainsi, si l'enfant déclare qu'il préfère rester dans le nouvel État mais avoue qu'il pourrait s'imaginer vivre à nouveau dans son État d'origine, le retour devra être ordonné car son opposition n'est pas suffisamment ferme. En revanche, si l'enfant pleure rien qu'à la pensée de retourner dans son État de résidence habituelle, qu'il refuse de monter dans l'avion ou qu'il réagit agressivement à l'annonce d'un éventuel retour, il peut remplir les conditions d'une opposition au sens de l'art. 13 al. 2 CLaH80¹²¹.

5.2.3 La pratique des tribunaux et la volonté de l'enfant

La volonté de l'enfant est limitée par l'appréciation du juge auquel revient de prendre la décision ; en effet, l'écoute de l'opinion de l'enfant ne signifie pas toujours que le juge lui obéisse¹²². La difficulté intervient lorsque le refus de l'enfant est catégorique. Le juge doit décider s'il ordonne le retour malgré la volonté claire de l'enfant ou au contraire s'il suit l'opinion exprimée par l'enfant.

Dans une première affaire, une mère (nationalité hongroise) emmène avec elle ses deux filles, âgées de 14 ans et 11 ans, en Suisse pour rejoindre son nouveau partenaire¹²³. Le père (nationalité hongroise) des deux filles requiert leur retour. Cependant, les deux enfants ont

¹¹⁷ ALFIERI, p. 91 ; PAPAZISSI, p. 365.

¹¹⁸ ALFIERI, p. 92 ; BEAUMONT/McELEVAY, 197 ; PAPAZISSI, p. 366.

¹¹⁹ BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 278.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2014 du 23 décembre 2014, consid. 6.1.3.

¹²¹ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 67 ; MAZENAUER, p. 216.

¹²² KLÖTGEN, p. 346.

¹²³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015.

exprimé le désir de ne pas retourner en Hongrie chez leur père mais de rester avec leur mère en Suisse¹²⁴. Lors de leur audition, elles affirment se sentir intégrées en Suisse et particulièrement à l'école où elles se sont faits de nouveaux amis. Le Tribunal admet que le juge doit prendre en considération l'opinion de l'enfant et, ce d'autant plus, lorsque l'enfant est plus âgé et qu'il s'exprime avec fermeté sur la base de motifs plausibles¹²⁵. Il ajoute toutefois que l'enfant ne peut disposer librement du lieu et de la personne avec laquelle il aimerait vivre¹²⁶. L'arrêt continue, ensuite, en affirmant que la distance avec la Hongrie et leur père crée une *einseitige Schicksalsgemeinschaft* ; les enfants tentent alors de résoudre ce conflit de loyauté en choisissant le parent avec lequel ils vivent et dont ils se sentent le plus dépendants¹²⁷. Finalement, le Tribunal fédéral allègue que même si la volonté des enfants de ne pas retourner dans leur pays d'origine est constatée, l'explication des enfants ne démontre pas une réelle opposition mais simplement un désir à ne pas changer de lieu de vie¹²⁸. Sur la base de cette argumentation, le Tribunal fédéral ordonne le retour des enfants en Hongrie, contre la volonté des deux filles.

Un auteur a posé un regard très critique sur cette jurisprudence¹²⁹. Il estime que le Tribunal fédéral s'est borné à affirmer des hypothèses sans les vérifier au regard de l'état de fait ; la volonté de l'enfant est réduite à peu de chose, elle est écartée sitôt qu'elle n'est pas manifestée avec insistance, par des pleurs, ou avec force, bien que l'enfant est pleinement convaincu qu'il ne désire pas rentrer dans son État d'origine¹³⁰. Nous partageons l'avis de Andreas BUCHER sur ce point. Les enfants ne s'expriment pas tous de la même manière. Le fait de prendre en compte uniquement la volonté de l'enfant exprimée de manière insistante ou violente défavorise les enfants plus timides ayant de la peine à exprimer leur volonté ou ceux qui, comme dans ce cas, s'exprime clairement mais calmement.

Une seconde affaire, jugée par la CourEDH, concerne le déplacement illicite de deux enfants, âgés de 8 et 14 ans, de France en Suisse par leur mère¹³¹. Nonobstant l'opposition de la fille aînée à retourner en France, la Cour confirme la décision du Tribunal fédéral et ordonne le retour en France. La CourEDH soutient l'avis du Tribunal fédéral selon lequel la

¹²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015, consid. 6.2.

¹²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015, consid. 6.2.

¹²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015, consid. 6.2.

¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015, consid. 6.2.

¹²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2015 du 25 mars 2015, consid. 6.2.

¹²⁹ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 61 ss.

¹³⁰ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 64, 65.

¹³¹ ACEDH *Rouiller c. Suisse* du 22 octobre 2014 (Requête n° 3592/08).

Convention ne confère pas à l'enfant un droit de décider librement de l'endroit où il aimerait vivre¹³². Lors de l'audition, la fille de 14 ans a exprimé son désir de rester en Suisse, expliquant qu'elle s'y sentait bien, s'était fait de nouveaux amis et avait de bons résultats scolaires ; elle dévoila ses craintes quant à un éventuel retour en France car elle devrait à nouveau s'intégrer dans une école où elle ne connaîtrait personne¹³³. La Cour a estimé, comme le Tribunal fédéral, que les motifs de préférence de l'enfant n'étaient pas suffisants pour fonder une exception au retour, selon l'art. 13 al. 2 CLaH80¹³⁴.

Finale­ment dans une dernière affaire, une mère (nationalité brésilienne) décide, après un mariage avec son nouveau partenaire (nationalité suisse) d'aller vivre en Suisse et prend sa fille, âgée de 14 ans, avec elle¹³⁵. Le père (nationalité brésilienne) autorise sa fille de séjourner avec la mère pour une période de 8 mois en Suisse. Étant donné que sa fille ne revient pas après la période convenue, il demande le retour en vertu de la CLaH80. La fille s'oppose, toutefois, à son retour en motivant sa décision sur le fait qu'elle se sent intégrée en Suisse et qu'elle peut entretenir des relations quotidiennes avec sa mère et sa demi-sœur¹³⁶. Le Tribunal fédéral juge, dans ce cas, que les motifs invoqués ne pourraient être considérés comme des « souhaits d'enfant » mais indique une volonté réfléchie et sérieuse¹³⁷.

Nous avons remarqué que le Tribunal fédéral n'a pas une application uniforme de ses exigences en matière d'opposition de l'enfant. Le dernier arrêt l'illustre bien puisque le Tribunal fédéral fait échec à l'obligation de retourner l'enfant alors que les motifs invoqués par l'enfant de 14 ans ne diffèrent pas de ceux invoqués dans le premier ou le deuxième arrêt, par des enfants du même âge. Alors qu'il rejette l'opposition dans les deux premiers cas, considérant la volonté de l'enfant comme un simple souhait ou des motifs de préférence, il apprécie la volonté de l'enfant, dans le dernier cas, comme une volonté réfléchie et sérieuse. Par conséquent, nous nous rallions à Andreas BUCHER lorsqu'il soutient : « il ne suffit pas qu'il (l'enfant) affirme ce qu'il veut : encore faut-il que cela convienne au juge »¹³⁸.

¹³² ACEDH *Rouiller c. Suisse* du 22 octobre 2014 (Requête n° 3592/08), par. 73.

¹³³ ACEDH *Rouiller c. Suisse* du 22 octobre 2014 (Requête n° 3592/08), par. 69.

¹³⁴ ACEDH *Rouiller c. Suisse* du 22 octobre 2014 (Requête n° 3592/08), par. 73.

¹³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016.

¹³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016, consid. 5.5.2.

¹³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_709/2016 du 30 novembre 2016, consid. 5.5.2.

¹³⁸ BUCHER, *La volonté de l'enfant*, p. 61.

CHAPITRE 6 LA MISE EN DANGER DE L'ENFANT

6.1 L'intérêt de l'enfant

Dans le système de la CLaH80, l'intérêt de l'enfant est un intérêt général abstrait¹³⁹. En effet, ce n'est pas l'intérêt individuel de l'enfant qui est pris en compte, mais l'intérêt général d'un enfant déplacé ou retenu illicitement¹⁴⁰. Cet intérêt vise à garantir le retour immédiat de l'enfant en protégeant, de cette manière, l'enfant contre les effets négatifs de son enlèvement, soit le fait de brusquement perdre son équilibre social, affectif, de devoir s'adapter à une nouvelle langue, à de nouveaux professeurs et de subir le traumatisme d'être séparé de l'un de ses parents¹⁴¹. La convention se fait « l'interprète de l'intérêt de l'enfant »¹⁴².

L'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 nuance, toutefois, ce principe en prévoyant une exception au retour qui prend en compte l'intérêt de l'enfant ; plus concrètement, cet article est une correction au principe du retour immédiat lorsque l'intérêt de l'enfant le commande¹⁴³. La notion d'intérêt de l'enfant n'est pas insérée dans le texte de l'article. C'est un choix de la part des rédacteurs de la Convention pour éviter une interprétation différente suivant les États, de cette notion fondamentale, mais très vague¹⁴⁴.

6.2 L'existence d'un danger pour l'enfant

Le motif de refus de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, vise les situations dans lesquelles il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou le place dans une situation intolérable. La tâche des tribunaux est d'évaluer les risques qu'encourt l'enfant s'il retourne dans le milieu dans lequel il vivait, avant son enlèvement ; il ne s'agit pas de déterminer l'endroit où l'enfant aurait le plus de chance de s'épanouir¹⁴⁵. Il résulte de ce qui précède que l'on exclut des motifs liés à la capacité éducative des parents

¹³⁹ ALFIERI, p. 74 ; CORNEC, p. 42 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 23.

¹⁴⁰ PONCET/FAVRE-BULLE, p. 310.

¹⁴¹ ALFIERI, p. 74 ; LOWE, p. 245, 246 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 24.

¹⁴² RAPPORT EXPLICATIF, N 24.

¹⁴³ ALFIERI, p. 76 ; PONCET/FAVRE-BULLE, p. 310 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 20.

¹⁴⁴ ALFIERI, p. 77 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 22.

¹⁴⁵ ALFIERI, p. 79 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 140.

dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer sur le sort des enfants ; néanmoins, si l'incapacité éducative du parent requérant le retour est réellement importante, il est possible qu'elle puisse avoir une certaine pertinence¹⁴⁶.

L'exception de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, doit être interprétée de manière restrictive¹⁴⁷. La nécessité d'une approche restrictive s'explique par le principe du retour rapide de l'enfant dans son État de résidence. Ce dernier principe ne peut fonctionner correctement si, lors de la procédure, une investigation détaillée du bien de l'enfant est nécessaire¹⁴⁸. Le Tribunal fédéral ajoute que le parent ravisseur ne doit pas tirer avantage de son comportement illégal¹⁴⁹. Malgré cette pratique restrictive, l'art. 13 al.1 let. b CLaH80 reste le motif de refus le plus invoqué en pratique, étant donné le nombre important de situations auxquelles il peut faire référence¹⁵⁰. En effet, l'art. 13 al.1 let. b CLaH80 est composé de deux éléments principaux: le risque grave de danger physique, psychologique ou le fait d'être placé dans une situation intolérable ; chacun des éléments peut, individuellement, servir à exclure le retour de l'enfant bien qu'ils ne soient pas toujours identifiés comme des concepts séparés et qu'ils soient souvent employés collectivement¹⁵¹.

L'application de cette disposition implique un danger actuel et d'une certaine intensité¹⁵². Il ne suffit pas de le déduire simplement de faits passés ; effectivement, ils doivent être vérifiés dans le cas présent¹⁵³. Le risque d'un danger doit également être qualifié de grave, pour remplir les conditions de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80¹⁵⁴. Cette qualification se réfère à l'importance des conséquences que subirait l'enfant en cas de survenance du risque et celui-ci doit être effectivement appréciable¹⁵⁵. Un potentiel danger lié à une hypothétique situation future ne suffit donc pas¹⁵⁶.

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_705/2014 du 15 octobre 2014, consid. 4. ALFIERI, p. 79.

¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_479/2012 du 13 juillet 2012, consid. 5.1. ALFIERI, p. 79 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 138 ; EHRLE, p. 78.

¹⁴⁸ BEAUMONT/McELEVY, p. 138 ; EHRLE, p. 78.

¹⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_479/2012 du 13 juillet 2012, consid. 5.1.

¹⁵⁰ MAZENAUER, p. 149 ; PAPE, p. 77.

¹⁵¹ ALFIERI, p. 79 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 139 ; FISCHER, p. 9.

¹⁵² FISCHER, p. 10 ; MAZENAUER, N 283.

¹⁵³ FISCHER, p. 10 ; MAZENAUER, N 283.

¹⁵⁴ MAZENAUER, N 283 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 468.

¹⁵⁵ ALFIERI, p. 81 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 141 ; ZURCHER, p. 98.

¹⁵⁶ ALFIERI, p. 81 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 141 ; EHRLE, p. 86.

6.2.1 Le danger physique et psychologique

Un risque grave de danger physique ou psychologique se concrétise lorsqu'il y a sérieusement à craindre que le retour de l'enfant ne l'expose à des influences néfastes pour son développement et contre lesquelles les autorités de l'État requérant ne peuvent intervenir avec succès¹⁵⁷.

L'exception du risque grave de danger physique n'est pas facile à prouver. En effet, la personne qui s'oppose au retour doit prouver que l'enfant a subi, dans le passé, des atteintes à son intégrité physique dans son État de résidence habituelle. À cela s'ajoute que le tribunal devra vérifier quelles mesures ont été prises ou peuvent être prises par cet État, pour répondre à ce danger¹⁵⁸.

Bien que le risque grave de danger psychique soit plus souvent invoqué en pratique que celui de danger physique, il n'en reste pas moins difficile à prouver, à moins qu'il n'y ait une expertise psychologique ou psychiatrique qui démontre une telle souffrance¹⁵⁹. Le Tribunal fédéral estime que certaines situations, en tant que telles, peuvent causer à l'enfant une souffrance psychologique ou physique¹⁶⁰. C'est le cas, par exemple, lorsque l'enfant doit retourner dans un pays en guerre, qu'il existe des dangers d'épidémies, ou lorsque dans le pays de sa résidence habituelle, il sera confronté à des violences physiques ou/et psychiques¹⁶¹.

a) Un contexte de violences familiales

L'impact de la Convention par rapport aux violences domestiques a fait l'objet de plusieurs critiques ; celles-ci ont mis en avant l'injustice d'un retour lorsque le parent ravisseur, très souvent la mère, part avec son enfant afin d'échapper aux violences familiales¹⁶². Lors de la sixième réunion de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, le bureau permanent a établi un document de réflexion sur la question des violences domestiques en relation avec un risque grave au sens de l'art. 13 al.1 let. b

¹⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_913/2010 du 4 février 2011, consid. 5.1. ALFIERI, p. 81 ; BUCHER, C.R. LDIP, LDIP 85 N 253.

¹⁵⁸ ALFIERI, p. 81 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 142 ; SCHUZ, p. 274.

¹⁵⁹ ALFIERI, p. 83 ; BEAUMONT/McELEVY, p. 143 ; SCHUZ, p. 274.

¹⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 674/2011 du 31 octobre 2011, consid. 3.2. SCHUZ, p. 275.

¹⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 674/2011 du 31 octobre 2011, consid. 3.2.

¹⁶² BRUCH, p. 225 ; KAYE, p. 191.

CLaH80¹⁶³. Ce document analyse et compare comment les différents États membres interprètent et appliquent l'art. 13 al.1 let. b CLaH80 lorsqu'une des parties allègue un danger de violence. Le rapport de réflexion cite également une étude qui démontre que même si l'enfant n'est pas une victime directe des violences familiales, le fait qu'il soit témoin d'actes de violences domestiques peut constituer un risque grave au niveau de son psychisme¹⁶⁴.

Il ressort de ce rapport que les pratiques divergent dans les différents États parties et que les juges sont souvent confrontés à des allégations de violences domestiques¹⁶⁵. Les différents tribunaux des États membres ont, en effet, des avis différents sur la question de savoir s'ils doivent jouer un rôle plus ou moins actif lors de leur appréciation des accusations soulevées par le parent ravisseur¹⁶⁶. Alors que certaines juridictions préfèrent renvoyer l'affaire à la juridiction de l'État de résidence habituelle de l'enfant estimant qu'elle est mieux placée pour enquêter sur la véracité des allégations de violence, d'autres juridictions ne trouvent pas nécessaire d'établir la véracité des accusations mais mettent plutôt l'accent sur l'appréciation de la présence d'un risque grave¹⁶⁷. Le rapport conclut que la grande variété de pratiques, révélée par cette étude, démontrait le besoin d'aller vers un guide des bonnes pratiques en matière de preuves lors d'allégations de violences domestiques¹⁶⁸. De plus amples discussions sont donc nécessaires s'agissant de l'interprétation de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 en relation avec le traumatisme que des violences familiales peuvent causer chez les enfants, victime directe ou indirecte de cette situation.

En droit suisse, le Tribunal fédéral affirme que lorsqu'il est sérieusement à craindre que l'enfant ne soit maltraité ou abusé, ou qu'il existe un climat de violence entre les parents, le retour de l'enfant peut être refusé¹⁶⁹. Dans une affaire où la mère a déplacé ses enfants de Prague en Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas retenu qu'il existait un risque pour les enfants à ce qu'ils retournent en République Tchèque¹⁷⁰. La mère s'était opposée au retour en alléguant des violences domestiques de la part du père ; celui-ci s'était montré violent envers

¹⁶³ Conférence de La Haye de Droit International Privé, Document de réflexion, N 4.

¹⁶⁴ Conférence de La Haye de Droit International privé, Document de réflexion, N 21 ; Voir également: ALFIERI, p. 82 ; BUCHER, C.R, LDIP 85, N 253 ; FISCHER, p. 23.

¹⁶⁵ Conférence de La Haye de Droit International Privé, Document de réflexion, N 146.

¹⁶⁶ Conférence de La Haye de Droit International Privé, Document de réflexion, N 52.

¹⁶⁷ Conférence de La Haye de Droit International Privé, Document de réflexion, N 76.

¹⁶⁸ Conférence de La Haye de Droit International Privé, Document de réflexion, N 148.

¹⁶⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_513/2016 du 12 août 2016, consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal 5A_674/2011 du 31 octobre 2011, consid. 3.2.

¹⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_246/2014 du 28 avril 2014.

elle et l'avait attaquée avec une chaise. Pour appuyer ses propos, la mère s'était munie de photos, non datées, qui ne permettaient pas de reconnaître les lieux¹⁷¹. Ces preuves n'étant pas assez pertinentes, elles n'ont pas suffi à s'opposer au retour des enfants. Cette jurisprudence semble confirmer la conclusion à laquelle était arrivé le document de réflexion s'agissant de la problématique des preuves et de l'appréciation du danger par le tribunal.

Lorsque, finalement, de graves violences familiales sont prouvés, le tribunal doit tout de même vérifier si des mesures peuvent être prises par l'État de résidence habituelle de l'enfant afin d'éviter que ce danger ne se produise¹⁷². L'instauration, par exemple de contacts surveillés entre le parent non gardien violent et l'enfant peut être mis en place. Un autre argument souvent avancé se fonde sur le fait que la mère et l'enfant ne doivent pas forcément retourner dans l'appartement du parent violent, mais uniquement dans le pays de résidence habituelle de l'enfant¹⁷³. Plusieurs auteurs sont très critiques face à cette confiance excessive dans les mesures de protection en place dans les différents États parties¹⁷⁴. Ils estiment que les tribunaux ne peuvent pas toujours protéger les victimes contre les violences domestiques¹⁷⁵. Miranda KAYE avance que la raison pour laquelle la mère a fui avec son enfant, c'est justement parce que le pays de résidence habituelle de l'enfant n'a pas réussi à les protéger contre les violences qu'elle et son enfant subissaient¹⁷⁶. Ramona FISCHER, elle, soutient que même des appartements séparés ne permettent pas une protection absolue contre les violences domestiques¹⁷⁷. Nous partageons l'avis du juge FISHER qui affirme que deux tribunaux, travaillant ensemble, ont plus de chances de parvenir à la meilleure solution pour protéger l'enfant ou le parent qui en la garde contre les violences familiales et que « dans certaines affaires un océan peut offrir une meilleure protection qu'une ordonnance »¹⁷⁸.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_246/2014 du 28 avril 2014, consid. 2.

¹⁷² ALFIERI, p. 82 ; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 142 ; KAYE, p. 198.

¹⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_246/2014 du 28 avril 2014, consid. 2. FISCHER, p. 24.

¹⁷⁴ ALFIERI, p. 82 ; FISCHER, p. 26 ; FISHER, p. 58 ; EHRLE, p. 88 ; KAYE, p. 198.

¹⁷⁵ ALFIERI, p. 82 ; FISHER, p. 58.

¹⁷⁶ KAYE, p. 198.

¹⁷⁷ FISCHER, p. 27.

¹⁷⁸ FISHER, p. 58.

b) La situation générale du pays de résidence habituelle

Le Tribunal fédéral admet que des dangers telles que des guerres, des épidémies ou une situation instable dans le pays de retour, peuvent fonder une décision de non-retour¹⁷⁹. Dans une affaire récente, un enfant âgé de 10 ans a été retenu illicitement par son père en Suisse alors qu'il devait rentrer au Mexique¹⁸⁰. Le père a invoqué l'insécurité qui règne au Mexique ainsi que des menaces à l'encontre de son commerce, qui pourraient avoir des répercussions dangereuses sur son fils¹⁸¹. Pour analyser la situation locale, le Tribunal fédéral s'est fondé sur les déclarations des parties, les informations mises à disposition des voyageurs par le Département fédéral des affaires étrangères et par le Département correspondant du gouvernement allemand ; ceux-ci mentionnaient que les enlèvements avec demande de rançon, généralement à caractère criminel, sont en augmentation dans tout le pays¹⁸². Le Tribunal décide, malgré tout, de renvoyer l'enfant au Mexique en déduisant des déclarations de la mère, assurant un bon cadre de vie, qu'il n'y a pas de danger pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80¹⁸³.

En premier lieu, il ressort de cet arrêt que la problématique réside dans qualification de la région de « zone de guerre » au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 ; en effet, la question se pose de savoir si des risques d'affrontements armés ou risque d'enlèvement sont jugés suffisants pour refuser le retour l'enfant dans son pays de résidence habituelle¹⁸⁴. Dans le cas du Mexique, le Tribunal fédéral n'a pas considéré que le risque d'enlèvement à caractère criminel fût suffisamment élevé pour refuser le retour de l'enfant.

Ensuite, la doctrine n'est pas en accord avec le Tribunal fédéral s'agissant de sa méthode de recherches d'informations afin de déterminer s'il existe un risque grave de danger en cas de retour vers une zone de guerre¹⁸⁵. Ils soutiennent que les tribunaux s'appuient sur des faits qui concernent uniquement la situation pour des touristes ou encore sur des rapports de journalistes qui prennent souvent un caractère sensationnel¹⁸⁶. Andreas BUCHER défend que

¹⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_513/2016 du 12 août 2016, consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_913/2010 du 4 février 2011, consid. 5.1. BUCHER, C.R, LDIP 85 N 254.

¹⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_229/2015 du 30 avril 2015.

¹⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_229/2015 du 30 avril 2015, consid. 2.

¹⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_229/2015 du 30 avril 2015, consid. 6.3.

¹⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_229/2015 du 30 avril 2015, consid. 6.5.

¹⁸⁴ FISCHER, p. 12.

¹⁸⁵ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 71 ; FISCHER, p. 13 ; SCHUZ, p. 279.

¹⁸⁶ BUCHER, Jurisprudence de DIP, p. 452 ; SCHUZ, p. 279.

le juge suisse ne saurait se fier exclusivement aux déclarations du département des affaires étrangères étant donné qu'elles ont seulement pour but d'informer les touristes¹⁸⁷. Il conseille fortement de s'assurer de la sécurité de l'enfant avant d'ordonner le retour en faisant appel, par exemple, aux services consulaires suisse sur place, au Service Sociale International ou encore à l'Autorité centrale de l'OFJ ayant des contacts facilités avec les autorités centrale du pays de résidence habituelle de l'enfant¹⁸⁸.

6.2.2 La situation intolérable

a) La notion

La situation intolérable est certainement la notion la plus générale par rapport à celle de danger physique et psychologique au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80. Bien que la distinction soit subtile, un enfant peut se trouver dans une situation intolérable sans qu'il ne subisse une atteinte physique ou psychique¹⁸⁹. Lors de la rédaction de la Convention, il a été décidé d'introduire le terme « situation intolérable » afin de laisser une plus grande marge de manoeuvre aux juges et une plus grande flexibilité quant à l'interprétation de l'art 13 al. 1 let. b CLaH80¹⁹⁰. La Convention permet ainsi aux juges de refuser le retour notamment lorsqu'il est clair qu'à l'issue de la procédure sur le fond devant les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant, le parent sera autorisé à repartir avec l'enfant ; les rédacteurs voulaient, de cette manière, éviter que l'enfant ne subisse plusieurs déracinements inutiles¹⁹¹.

b) La clarification en droit suisse

Très souvent, le parent ravisseur fait valoir que le retour de l'enfant et, par conséquent, sa séparation avec l'enfant, mettrait celui-ci dans une situation intolérable, particulièrement lorsque le parent ne peut ou ne veut retourner dans le pays de résidence habituelle de l'enfant¹⁹². Sous l'angle de l'intérêt de l'enfant, il apparaît donc indispensable de prendre en compte la situation du parent, auteur de l'enlèvement, lequel correspond souvent à la

¹⁸⁷ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 72.

¹⁸⁸ BUCHER, La volonté de l'enfant, p. 72.

¹⁸⁹ ALFIERI, p. 83 ; BEAUMONT/McELEVAY, p. 151 ; FISCHER, p. 12 ; LOWE [et al.], N 17.98.

¹⁹⁰ FISHER, p. 56.

¹⁹¹ ALFIERI, p. 83 ; FISHER, p. 56.

¹⁹² BUCHER, C.R., LDIP 85 N 254 ; MAZENAUER, p. 158.

personne de référence de l'enfant, afin d'analyser si le retour de l'enfant place celui-ci dans une situation intolérable. L'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et plus particulièrement la notion de « situation intolérable » a été précisée par l'art. 5 LF-EEA en énumérant un certain nombre de cas, non exhaustifs, dans lesquels l'enfant serait placé dans une situation intolérable¹⁹³. Cet article 5 n'a pas pour but de remplacer l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 mais uniquement clarifier la disposition conventionnelle en donnant une ligne directrice à la jurisprudence et permettre ainsi une application plus proche des intérêts de l'enfant¹⁹⁴.

i) Le placement auprès du parent requérant

La première lettre de cet article vise les situations où, en cas de retour de l'enfant, celui-ci ne pourrait pas être placé auprès du parent requérant son retour car cela ne correspondrait pas à son intérêt¹⁹⁵. Lorsque le parent, qui a introduit la demande, est le seul à exercer le droit de garde, il n'y a, en principe, pas lieu de craindre à retourner l'enfant vers son pays d'origine¹⁹⁶. De même, si l'hébergement auprès du parent requérant investi d'un droit de garde, lui permettant d'accueillir l'enfant, ne heurte pas l'intérêt de l'enfant, un tel retour est en principe tolérable pour ce dernier jusqu'à l'attribution définitive de la garde de fait¹⁹⁷.

Cependant, si le parent requérant n'est pas apte à prendre en charge l'enfant lors de son retour, la première condition d'application de cette exception au retour est remplie¹⁹⁸. Dans un arrêt du Tribunal fédéral, celui-ci avait décidé que l'enfant ne pouvait être séparé de sa mère car le père, qui souffrait d'un handicap, n'était pas en mesure de s'occuper de lui ; il ordonna tout de même le retour de l'enfant, accompagné de sa mère¹⁹⁹. En effet, lorsque les relations avec le père sont difficiles au point qu'il ne peut être envisagé que l'enfant habite chez son père, le retour de l'enfant dépendra principalement de la possibilité pour la mère de retourner dans le pays de départ et y assumer la charge de l'enfant²⁰⁰. Il n'est pas exigé que

¹⁹³ BUCHER, C.R., LDIP 85 N 254 ; CONSEIL FEDERAL, p. 2433.

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_936/2017 du 30 janvier 2017, consid. 6.3.1. BUCHER, C.R., LDIP 85 N 261.

¹⁹⁵ CONSEIL FEDERAL, p. 2462 ; MAZENAUER, p. 165 ; JAMETTI, p. 298.

¹⁹⁶ CONSEIL FEDERAL, p. 2462 ; MAZENAUER, p. 165 ; JAMETTI, p. 298.

¹⁹⁷ BUCHER, C.R. LDIP 85 N 263.

¹⁹⁸ CONSEIL FEDERAL, p. 2463 ; MAZENAUER, p. 165.

¹⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_105/2009 du 16 avril 2009, consid. 3.4.

²⁰⁰ BUCHER, C.R. LDIP 85 N 264.

la mère retourne habiter avec le père ; il ne faut pas confondre le retour de l'enfant avec la remise au père²⁰¹.

ii) La relation entre le parent ravisseur et l'enfant

Selon l'art. 5 let. b LF-EEA, l'enfant est placé dans une situation intolérable lorsque « 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 ». La lettre b traite la possibilité du retour de l'enfant sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement, le plus souvent sa mère²⁰². La jurisprudence du Tribunal fédéral souligne qu'il faut, avant tout, tenir compte de la situation de l'enfant et non de celle du parent car le retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant et non le parent²⁰³.

Les conditions du retour du parent ravisseur, incarnant souvent la personne de référence pour l'enfant, doivent dorénavant être prises en compte lorsque l'hébergement auprès du parent requérant n'entre plus en ligne de compte ; préserver les relations étroites entre l'enfant et son parent de référence est une considération déterminante pour l'intérêt de l'enfant²⁰⁴. Afin que la condition de l'art. 5 let. b LF EEA s'applique, le parent ravisseur doit prouver qu'il a des raisons objectives ne lui permettent pas de rentrer dans le pays de résidence habituelle de l'enfant²⁰⁵. Le parent ravisseur peut refuser de retourner avec l'enfant en raison, par exemple, du risque de poursuites pénales ou de violence de la part du parent requérant, s'il n'y a pas eu de garanties suffisantes de protection ; il peut également refuser le retour au motif qu'il a noué des liens familiaux solides comme après un nouveau mariage, ou qu'il a de nouvelles obligations familiales liées à la naissance d'un enfant²⁰⁶. Par contre, le seul fait d'être bien intégré en Suisse et d'y avoir ses parents n'est pas suffisant²⁰⁷.

Toutefois, si le parent ravisseur refuse de raccompagner son enfant dans son pays d'origine alors qu'on peut raisonnablement l'exiger de sa part, il crée lui-même une situation

²⁰¹ BUCHER, C.R. LDIP 85 N 264.

²⁰² ALFIERI, p. 128 ; CONSEIL FEDERAL, p. 2463.

²⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, consid. 6.2.2.

²⁰⁴ BUCHER, C.R. LDIP 85 N 264 ; CONSEIL FEDERAL, p. 2463.

²⁰⁵ FISCHER, p. 20 ; JAMETTI, p. 299 ; MAZENAUER, p. 166.

²⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_936/2017 du 30 janvier 2017, consid. 6.3.1. ALFIERI, p.128 ; BUCHER, C.R. LDIP 85 N 264 ; JAMETTI, p. 299.

²⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_569/2009 du 10 novembre 2009, consid. 4.3.1.

intolérable et ne pourra pas se prévaloir de l'exception au retour²⁰⁸. En effet, selon le Tribunal fédéral, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour²⁰⁹. Le Tribunal fédéral admet, tout de même, qu'une séparation entre un nourrisson, ou un jeune enfant âgé de moins de 2 ans, et sa personne de référence, très souvent la mère, constitue une situation intolérable, dans tous les cas²¹⁰. Il considère que le nourrisson ou jeune enfant ne peut être séparé de leur mère, qui parfois l'allaita encore, parce qu'il est encore entièrement dépendant des circonstances et de sa personne de référence²¹¹. Ainsi, l'impossibilité pour une mère de retourner dans le pays d'origine de l'enfant constitue un nouveau critère pour fonder un refus de retour de l'enfant selon l'âge de ce dernier ; cet article 5 LF-EEA donne un sens plus favorable aux besoins de l'enfant et intérêts de la mère²¹².

iii) Le placement auprès d'un tiers

Finalement, la dernière lettre s'applique lorsque ni le parent auteur de l'enlèvement, ni le parent demandeur ne peut rester avec l'enfant lors de son retour. Il faut se demander si la séparation des deux parents et le placement auprès d'un tiers place l'enfant dans une situation intolérable²¹³. Une telle mesure doit toutefois rester exceptionnelle et constituer une *ultima ratio*²¹⁴. En effet, un placement auprès de tiers force l'enfant à rompre les relations régulières envers ses deux parents et peut donc causer une atteinte grave à ses intérêts²¹⁵. Lorsque l'enfant entretient de bonnes relations avec ses parents, il serait choquant de le placer auprès d'un tiers en attendant une décision quant à sa garde, sachant que ce type de procédure peut prendre un certain temps²¹⁶. Néanmoins, si l'enfant peut être accueilli par la proche parenté tels que les grands-parents, son intérêt peut être préservé²¹⁷. De telles situations restent exceptionnelles et cela signifie que le retour du parent ravisseur est un point décisif, lorsque le parent requérant ne peut s'occuper lui-même des enfants.

²⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, consid. 6.2.2.

²⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_764/2009 du 11 janvier 2010, consid. 4.1 ; ATF 130 III 530, consid. 3.

²¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, consid. 6.2.2.

²¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_913/2010 du 4 février 2011, consid. 2.

²¹² DUTOIT, LDIP 85 N 99.

²¹³ BUCHER, C.R., LDIP 85 N 266 ; CONSEIL FEDERAL, p. 2463 ; MAZENAUER, N 308.

²¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2014 du 23 décembre 2014, consid. 6.1.2. CONSEIL FEDERAL, p. 2563.

²¹⁵ BUCHER, C.R., LDIP 85 N 266 ; CONSEIL FEDERAL, p. 2463.

²¹⁶ BUCHER, C.R., LDIP 85 N 269 ; MAZENAUER, p. 168.

²¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_520/2010 du 31 août 2010, consid. 4.1.4.

6.3 L'interprétation par la CourEDH

La particularité de la jurisprudence de la CourEDH, sollicitée par des parents concernés par un déplacement ou un non-retour illicite, c'est qu'elle se fonde sur une interprétation de l'art. 8 CEDH à la lumière de la CLaH80 pour déterminer si les États parties ont fait correct usage de la CLaH80²¹⁸. Dès lors qu'il y a une séparation non choisie entre l'enfant et l'un de ses parents, l'atteinte au respect de la vie familiale, au sens de l'art. 8 CEDH, est violé et permet ainsi la mise en œuvre de cet article²¹⁹. La CourEDH accorde également beaucoup d'important à la CDE et notamment à son art. 3 qui énonce que, dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale²²⁰. La CourEDH soutient donc l'approche, controversée, selon laquelle l'art. 8 CEDH doit être interprété par rapport aux exigences de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 mais également au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui reste le facteur déterminant²²¹.

Le 6 juillet 2010, la Grande Chambre de la CourEDH a rendu une décision, *Neulinger c Suisse*, qui se démarque le plus pour son développement du principe de l'intérêt de l'enfant²²². La Cour tend à admettre que l'appréciation du retour de l'enfant par les juges doit être faite au regard ce principe²²³. En l'espèce, une mère a emmené son fils en Suisse alors qu'ils vivaient en Israël, dans le pays d'origine du père. La mère a justifié son opposition au retour de son enfant par le fait que celui-ci serait soumis au fanatisme religieux de son père qui lui imposerait une éducation religieuse radicale ; elle s'appuie de plus, sur plusieurs expertises médicales qui concluent à l'existence d'un risque grave de danger psychique pour l'enfant en cas de retour en Israël²²⁴. La Cour a décidé que l'intérêt de l'enfant doit être examiné au cas par cas et qu'il y a lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète de la famille ; il requiert donc d'examiner la situation en prenant en compte plusieurs facteurs de nature émotionnelle, psychologique, matérielle et médicale²²⁵. La Cour s'est fondée sur l'intégration de l'enfant dans le pays de refuge, l'attitude du père à l'égard des enfants qu'il a eus d'unions ultérieures, et également sur les inconvénients qu'un retour

²¹⁸ ALFIERI, p. 86 ; BEAUMONT [*et al.*], p. 39 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 61.

²¹⁹ GOUTTENOIRE, RTDH, p. 62 ; MCELEAVY, p. 373.

²²⁰ ALFIERI, p. 86 ; BUCHER, C.R., LDIP 85 N 250, 251 ; MCELEAVY, p. 368.

²²¹ ALFIERI, p. 86 ; BUCHER, C.R., LDIP 85 N 251 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 71 ; MCELEAVY, p. 369.

²²² ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07).

²²³ ALFIERI, p. 86 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 72.

²²⁴ ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07), par. 45 et 143

²²⁵ ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07), par. 139.

représenterait pour la mère²²⁶. La CourEDH a pris notamment en compte que la mère risque la détention en cas de retour avec l'enfant en Israël²²⁷. Sur la base de cette analyse, la Cour s'est opposée au renvoi de l'enfant en Israël, estimant qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de rentrer dans son pays d'origine. La CourEDH conclut qu'il y aurait violation de l'art. 8 CEDH dans le chef des deux requérants, si décision ordonnant le retour de l'enfant en Israël était exécutée²²⁸.

Dans un arrêt *X c. Lettonie* du 26 novembre 2013²²⁹, la Grande Chambre a eu l'opportunité de clarifier l'affaire *Neulinger*²³⁰. La Cour affirme que ce dernier arrêt n'impose pas aux juges nationaux un examen approfondi de la situation complète de la famille mais une obligation procédurale particulière ; dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent examiner l'allégation défendable du risque grave pour l'enfant et rendre cette décision particulièrement motivée selon les circonstances du cas²³¹. Tant le refus de tenir compte des objections au retour que l'insuffisante motivation de la décision les rejetant, sont contraires aux exigences de l'art. 8 CEDH et au but de la Convention de La Haye. En l'espèce, le juge letton n'avait pas « effectivement » examiné l'allégation, pourtant étayée par un certificat médical, du risque grave invoqué par le parent requérant²³². La Cour précise que l'exception prévue par l'art. 13 al. 1 let. b vise les situations « qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter »²³³.

Ces deux décisions ont fait l'objet de plusieurs critiques²³⁴. L'interprétation de la Cour a, certes, permis une meilleure prise en compte des droits de l'enfant, mais elle a fragilisé le système de lutte contre les enlèvements internationaux²³⁵. En effet, requérir des autorités nationales un examen approfondi de la situation entière de la famille, comme c'est le cas dans *Neulinger*, ou imposer une décision particulièrement motivée en prenant en compte l'intérêt de l'enfant dans le cas concret, comme dans *X c. Lettonie*, revient à prendre une décision sur le droit de garde plutôt que procéder au retour immédiat²³⁶. Nous partageons

²²⁶ ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07), par. 147, 148, 149.

²²⁷ ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07), par. 46 et 143.

²²⁸ ACEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 (Requête n. 41615/07), par. 151.

²²⁹ ACEDH *X c. Lettonie* du 26 novembre 2013, (requête n. 27853/09).

²³⁰ BEAUMONT [et al.], p. 41 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 74.

²³¹ ACEDH *X c. Lettonie* du 26 novembre 2013 (requête n. 27853/09), par. 107.

²³² ACEDH *X c. Lettonie* du 26 novembre 2013 (requête n. 27853/09), par. 107.

²³³ ACEDH *X c. Lettonie* du 26 novembre 2013 (requête n. 27853/09), par. 116.

²³⁴ BEAUMONT [et al.], p. 48 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 76 ; MCELEAVY, p. 401.

²³⁵ BEAUMONT [et al.], p. 43 ; GOUTTENOIRE, RTDH, p. 73.

²³⁶ BEAUMONT [et al.], p. 43 ; MCELEAVY, p. 381.

l'avis qui consiste à dire que cette interprétation de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 en lien avec l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas en accord avec le but de la Convention, qui est de prioriser le retour immédiat. Nous ne pouvons, toutefois, nier l'évolution des droits de l'enfant grâce notamment à la CDE et tendons à penser que la CLaH80 nécessite d'être revisitée pour s'accorder à cette évolution, tout en ayant un système efficace contre les enlèvements internationaux.

CHAPITRE 7 LA VIOLATION DES REGLES FONDAMENTALES DES DROITS HUMAINS

7.1 Le rôle de l'exception

7.1.1 L'historique

Le retour de l'enfant peut être refusé selon l'art. 20 CLaH80, lorsqu'il ne « serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Cet article a été inclus dans la Convention après de nombreux débats ; c'est le fruit d'un compromis entre les tenants et les opposants à une clause d'ordre public²³⁷.

Lors de l'élaboration de l'art. 12 al. 2 CLaH80, permettant un retour de l'enfant malgré l'écoulement du délai d'un an, certains États ont souhaité introduire une clause d'ordre public ; ils exprimèrent la crainte quant à une obligation illimitée dans le temps d'ordonner le retour de l'enfant, ce qui était contraire à leur constitution, et par ce fait, refuseraient de ratifier la Convention²³⁸. Le point était particulièrement débattu puisque l'introduction d'une clause d'ordre public reflétait une conception différente du but de la Convention s'agissant du retour de l'enfant²³⁹. Jusque là, les rédacteurs avaient limité les exceptions à des situations de faits ou une appréciation spécifique de l'intérêt de l'enfant. Par contre, l'incorporation d'une clause d'ordre public admettait la possibilité de refuser le retour de l'enfant sur la base du droit interne de l'État requis²⁴⁰. Celui-ci aurait pu apprécier le bien-fondé juridique de l'action du parent ravisseur alors que la Convention a justement pour but de lutter contre le

²³⁷ EHRLE, p. 137 ; MAZENAUER, p. 233 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 31 ; ZURCHER, p. 172.

²³⁸ EHRLE, p. 140 ; ZURCHER, p. 172.

²³⁹ RAPPORT EXPLICATIF, N 32 ; ZURCHER, p. 172.

²⁴⁰ RAPPORT EXPLICATIF, N 32.

détournement de la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant par voie de fait²⁴¹. C'est pourquoi, conscients qu'il fallait trouver une solution largement acceptable, les délégations se sont engagés à trouver la voie la plus sûre, garantissant la réussite de la Convention ; elles ont décidé de faire référence aux principes fondamentaux concernant la sauvegarde des droits de l'homme, ce qui a permis de réduire le rôle du droit interne²⁴².

7.1.2 L'application exceptionnelle

L'objectif de réduire la portée de l'ordre public par le renvoi aux seules règles fondamentales des droits de l'homme, qui a causé tant de difficultés lors de son adoption, a produit l'effet voulu puisque l'art. 20 CLaH80 se révèle être rarement appliquée en pratique²⁴³. La disposition a été placée significativement à la fin du chapitre 3 sur le retour de l'enfant pour souligner son caractère exceptionnel²⁴⁴.

Le rôle effacé de l'art. 20 CLaH80 s'explique par son interprétation restrictive²⁴⁵. Cette disposition concerne uniquement les principes fondamentaux des droits humains admis par le droit de l'État requis. Ainsi, il est nécessaire que les principes fondamentaux en la matière, acceptés par l'État requis, ne permettent pas le retour de l'enfant; il ne suffit pas que ce retour soit incompatible, ou même manifestement incompatible avec ces principes²⁴⁶. L'invocation de tels principes ne doit en tout cas pas être plus fréquente ou plus facilement admise qu'elle ne le serait dans des situations internes à l'État²⁴⁷. Dans un arrêt du Tribunal fédéral, le parent ravisseur s'oppose au retour de son enfant en Amérique en invoquant une violation de sa vie privée et familiale en vertu de l'art. 8 CEDH qui, de cette manière, porte atteinte à des principes fondamentaux sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au sens de l'art. 20 CLaH80. Le Tribunal fédéral rejette l'opposition au motif que, dans ce cas, l'art. 8 CEDH permet le retour de l'enfant ; une telle ingérence à la protection de la vie privée et familiale est licite au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH, de sorte que l'art. 20 de la Convention n'est pas violé.

²⁴¹ BUCHER, L'enfant en DIP, N 491 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 32.

²⁴² BUCHER, L'enfant en DIP, N 491 ; MAZENAUER, p. 233 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 32 ; ZÜRCHER, p. 172.

²⁴³ BEAUMONT/MCELEAVY, p. 172 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 491 ; EHRLE, p. 138 ; PAPE, p. 84.

²⁴⁴ EHRLE, p. 138 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 118

²⁴⁵ BUCHER, L'enfant en DIP, N 491 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 118.

²⁴⁶ MAZENAUER, p. 233 ; RAPPORT EXPLICATIF, N 118.

²⁴⁷ RAPPORT EXPLICATIF, N 118.

Le Tribunal fédéral considère également que la violation des garanties fondamentales ne peut être utilisée comme motif que lorsque cette violation est grave et que la situation est directement liée au retour de l'enfant²⁴⁸. Dans un arrêt d'octobre 2007, la mère, ayant enlevé son enfants des États-Unis en Suisse, tente vainement d'argumenter que la notification de décisions des autorités de résidence habituelle de l'enfant lui interdisant de quitter le territoire avec l'enfant et l'informant sur le droit de garde du parent lésé, ne lui était pas parvenue ; le Tribunal fédéral ordonne le retour de l'enfant car l'absence de notification des décisions n'est pas liée à la situation en cas de retour de l'enfant et ne peut donc pas faire obstacle à son retour au sens de l'art. 20 CLaH80²⁴⁹.

7.2 La délimitation avec la situation intolérable

7.2.1 Les différences

Souvent, en cas d'atteinte injustifié à un droit fondamental en vertu de l'art. 20 CLaH80, l'enfant se trouve déjà en situation intolérable selon l'art. 13 al. 1 let. b et le refus du retour se fondera uniquement sur cette dernière disposition²⁵⁰. En effet, alors que l'art. 13 CLaH80 tend à la sauvegarde des intérêts essentiels de l'enfant, l'art. 20 CLaH80 n'intervient que dans les cas exceptionnels et par conséquent n'a qu'une fonction subsidiaire²⁵¹. De plus, les motifs de refus de l'art. 13 CLaH80 doivent reposer sur des faits tandis que l'art. 20 CLaH80 doit s'appuyer sur des motifs de droits ce qui réduit considérablement l'application de l'article par rapport à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80²⁵².

Cependant, il existe quelques situations, notamment les deux suivantes, dans lesquelles l'art. 20 CLaH80 est seul concerné. S'agissant de la première, contrairement à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, les motifs de refus du retour ne doivent pas forcément viser uniquement l'enfant mais peuvent également viser le parent ravisseur ; seul l'art. 20 CLaH80 est pris en compte lorsque par exemple, le parent ravisseur ne pourrait pas participer pleinement à la procédure sur le droit de garde dans l'État dans lequel enfant est censé retourner²⁵³. Dans ce cadre, la protection de la vie familiale entraîne l'obligation pour l'État, de permettre au

²⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_479/2007 du 17 octobre 2007, consid. 3. ZURCHER, p. 173.

²⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_479/2007 du 17 octobre 2007, consid. 3.

²⁵⁰ BUCHER, L'enfant en DIP, N 491 ; WEINER, p. 708.

²⁵¹ ATF 123 II 419 / JDT 1998 I p. 153, consid. 2b. MAZENAUER, p. 234.

²⁵² MAZENAUER, p. 236 ; ZURCHER, p. 172.

²⁵³ PAPE, p. 82 ; ZURCHER, p. 172.

parent de participer et faire valoir ses droits dans la procédure²⁵⁴. La deuxième situation, concerne le cas où, par exemple, il existe un risque futur de mariage forcé pour l'enfant lors de son retour dans l'État de sa résidence habituelle. L'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 permet seulement de refuser le retour de l'enfant si le risque de danger physique ou psychique est actuel²⁵⁵. Etant donné que la menace future d'un mariage forcé viole le droit de l'enfant au respect de son intégrité physique et psychique (art. 10 al. 2 Cst.féd.) et que les conditions d'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 ne sont pas remplies, l'art. 20 CLaH80 s'appliquera seul²⁵⁶.

Dans une décision du 5 mai 2010, la Cour suprême du canton de Berne a choisi de se fonder sur l'art. 20 CLaH80 pour prononcer, d'office, le refus du retour de l'enfant sans se fonder sur d'autres exceptions de la CLaH80²⁵⁷. La Cour a estimé qu'au vu de la demande d'asile, accordée à la mère et à l'enfant en Suisse, ordonner le retour serait contraire au principe de non-refoulement (art. 25 Cst. féd.). Dans son analyse, le tribunal commence par se demander si le refus du retour peut se baser sur une question de droit²⁵⁸. Il rappelle également que l'art. 20 CLaH80 s'applique aussi à la situation du parent ravisseur, en l'espèce la mère²⁵⁹. Selon cette jurisprudence, ordonner le retour d'un enfant réfugié revient à violer les règles de droit fondamentales et le juge doit vérifier d'office l'applicabilité de cette disposition²⁶⁰. Bien qu'il serait également possible d'examiner cette situation sous l'angle de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'art. 20 CLaH80 a, dans ce cas, bénéficié de son applicabilité d'office. Nous soutenons le jugement de la Cour Bernoise car il s'agissait dans ce cas, certes, d'une décision tendant à protéger l'enfant mais également, indirectement, à protéger le parent ravisseur. Seul l'art. 20 CLaH80 prend en compte la situation du parent enleveur, qui dans ce cas, serait certainement retourné avec l'enfant si le tribunal avait décidé du retour de l'enfant.

²⁵⁴ BUCHER, L'enfant en DIP, N 495.

²⁵⁵ Cf. 6.2.

²⁵⁶ MAZENAUE, p. 239.

²⁵⁷ Décision de la Cour suprême du canton de Berne APH-10 81 du 5 mai 2010.

²⁵⁸ Décision de la Cour suprême du canton de Berne APH-10 81 du 5 mai 2010, consid. 5.

²⁵⁹ Décision de la Cour suprême du canton de Berne APH-10 81 du 5 mai 2010, consid. 5.

²⁶⁰ Décision de la Cour suprême du canton de Berne APH-10 81 du 5 mai 2010, consid. 5. BUCHER, L'enfant en DIP, N 493.

7.2.3 Les violences domestiques et les droits humains

Les violences domestiques soumises à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 sont souvent traitées de manière insatisfaisantes. Selon Merle WEINER, l'art. 20 CLaH80 a été peu utilisé et sans réel succès alors qu'il a le potentiel d'être très important ; en effet, il pourrait permettre une pratique plus équitable des tribunaux en matière de violences domestiques²⁶¹. La Convention de La Haye se focalise uniquement sur le retour de l'enfant et n'oblige pas les mères à retourner vers le pays où elles s'exposent à un risque de violence de la part du parent requérant le retour de l'enfant. Cependant, le système place ces mères devant un choix insoutenable : leur sécurité ou leur enfant²⁶².

La violence exercée à l'égard des femmes au sein d'un couple n'a été abordée, au niveau national et international, qu'à partir de la fin des années 70 et il a fallu attendre 1993, soit 13 ans après la conclusion de la CLaH80, pour qu'elle soit reconnue par la communauté internationale comme une violation des droits humains²⁶³. La particularité de l'art. 20 CLaH80, par rapport aux autres exceptions au retour de l'enfant, c'est qu'il permet de prendre en compte une violation des règles fondamentales de droits humains non seulement pour refuser le retour d'un enfant, mais également pour protéger les droits du parent ravisseur, ce qui n'est pas le cas de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80²⁶⁴. Donner vie à l'art. 20 CLaH80 pourrait offrir un moyen de défense efficace aux victimes de ces violences lors de cas d'enlèvement internationaux d'enfants puisque le droit international et le droit interne de plusieurs pays reconnaissent, aujourd'hui, les violences domestiques comme un problème des droits de l'homme²⁶⁵.

CHAPITRE 8 CONCLUSION

La CLaH80 est devenu l'instrument mondial de protection des enfants en matière d'enlèvements internationaux d'enfants. Le système instauré par cette Convention est construit autour de l'intérêt abstrait de tout enfant enlevé de retourner dans l'État de sa résidence habituelle avant l'enlèvement. Néanmoins, chaque situation familiale est différente, ainsi que chaque enfant possède une sensibilité différente et le retour de l'enfant

²⁶¹ WEINER, p. 240.

²⁶² WEINER, p. 240.

²⁶³ JAQUIERY/VAERINI JENSEN, p. 418, 454.

²⁶⁴ PAPE, p. 82 ; ZURCHER, p. 172.

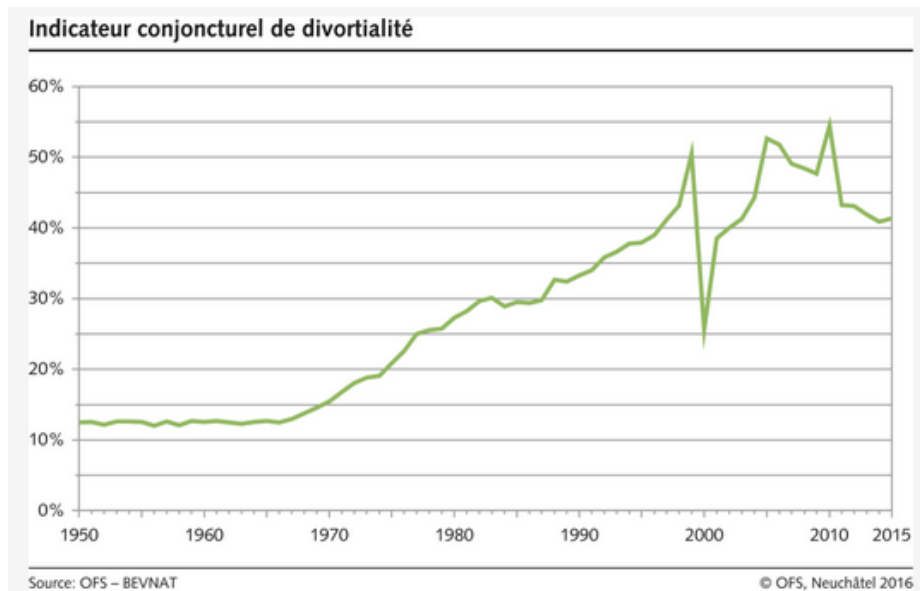
²⁶⁵ WEINER, p. 242 ; BUCHER, L'enfant en DIP, N 492.

ne correspond pas, dans tous les cas, à son intérêt. Ainsi, les différentes exceptions au retour de l'enfant permettent de prendre en considération l'intérêt de l'enfant de manière plus concrète.

Le bien de l'enfant guide l'application des exceptions au retour en protégeant la stabilité émotionnelle de l'enfant contre des souffrances supplémentaires dues à un nouveau déracinement (art. 12 al. 2 CLaH80) mais également en favorisant les relations effectives entre parents et enfants (art. 13 al. 1 let. a CLaH80). De même, la CLaH80 vise à protéger l'enfant contre toute atteinte à sa santé physique et/ou psychique et plus généralement contre toute situation le plaçant dans une situation intolérable (art. 13 al. 1 let. b CLaH80). La CLaH80 donne également du poids à la parole de l'enfant en permettant à ce dernier de s'opposer à son retour (art. 13 al. 2 CLa80). Subsidiairement, la Convention impose le respect des principes fondamentaux des droits humains lors d'une décision de retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle (art. 20 CLaH80).

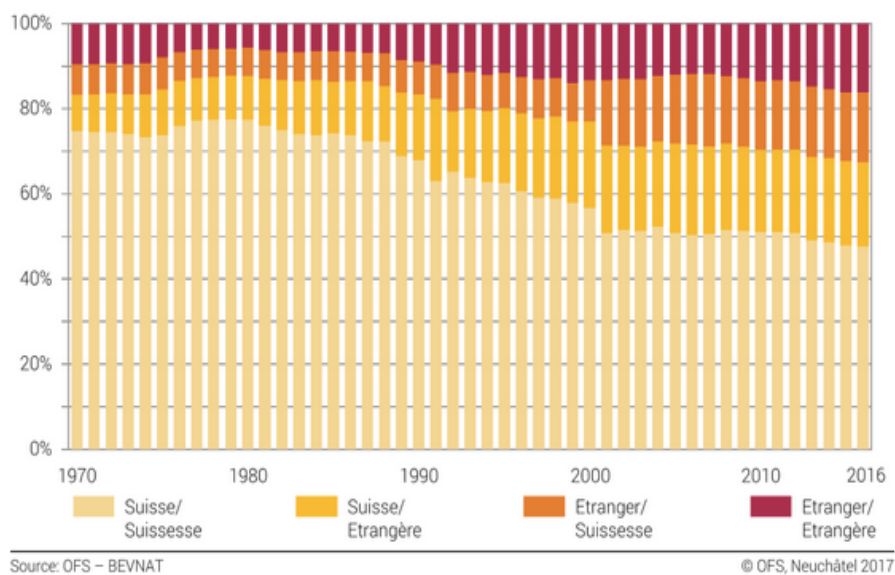
Le système de la Convention et particulièrement ces exceptions appellent toutefois quelques modifications. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la CLaH80, les droits de l'enfant ont fait l'objet de plusieurs concrétisations au niveau international. L'évolution de la société et du droit international, a mis en lumière certaines lacunes de la Convention, notamment le manque de référence à l'obligation d'auditionner l'enfant. De même, l'interprétation de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, majoritairement invoqué en pratique, nécessite des lignes directrices afin d'uniformiser l'application de cette exception. Le développement du droit international n'a pas uniquement relevé les imprécisions de la CLaH80 mais a également amené de nouvelles idées quant à l'interprétation des exceptions, notamment dans le cadre de l'art. 20 CLaH80. La Convention aurait donc, à notre sens, besoin d'être révisée afin de tenir compte des différentes évolutions du droit et de tendre vers une amélioration du système de la CLaH80 et de la protection de l'enfant.

ANNEXE 1



ANNEXE 2

Mariages selon la catégorie de nationalité des conjoints



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrage et article

ALFIERI Anna Claudia, Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, thèse, Berne (Stämpfli) 2016

BEAUMONT Paul R/McELEVAY Peter E, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford (Oxford University Press) 1999

BEAUMONT Paul [et al.], Child abduction : Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *in* International and comparative law Quarterly, volume 64, (British Institute of International and Comparative Law) 2015, p. 39 ss

BRUCH Carol, The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children, *in* Hague Child Abduction Convention Cases, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières - Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 225 ss

BUCHER Andreas, La volonté de l'enfant enlevé, *in* Le droit en question, Mélanges en l'honneur de Margareta Baddeley, Genève (Schulthess) 2017, p. 61 ss (Cité : BUCHER, La volonté de l'enfant)

BUCHER Andreas, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, *in* Swiss Review of International and European law, volume 26 numéro 3, 2016, pp. 451-458 (Cité : BUCHER, Jurisprudence de DIP)

BUCHER Andreas, Commentaire romand, loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2011 (Cité : BUCHER, C.R. LDIP)

BUCHER Andreas, L'enfant en droit international privé, Genève Bâle Zurich (Helbing & Lichtenhahn) 2003 (Cité : BUCHER, L'enfant en DIP)

CORNEC Alain, Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant, *in* Journal du droit des jeunes 2011/3, p. 39 ss : <http://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-3-page-39.htm> (14 juillet 2017)

DESCHENAUX Bernard, L'enlèvement international d'enfants par un parent, Berne (Stämpfli) 1995

DUTOIT Bernard, Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016

EHRLE R. E. Sabine, Anwendungsprobleme des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980 in der Rechtsprechung, thèse, Constance (Hartung-Gorre Verlag) 2000

FISCHER Ramona, Das Kindeswohl im HKÜ, Rechtsvergleichende Untersuchung der Auslegung von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ in der Schweizerischen und US-amerikanischen Lehre und Rechtsprechung, *in* Jusletter 1er mai 2017 : www.jusletter.ch (20 juillet 2017)

FISHER Shireen, La sécurité de l'enfant lors de son retour – Dans quelle mesure les conclusions et recommandations de la cinquième réunion de la commission spéciales ont-elles fait progresser l'interprétation du risque grave prévu à l'art. 13 (1) b , *in* La lettre des juges sur la protection internationale des enfants XII/2007, p. 54 ss

GOUTTENOIRE Adeline, La parole de l'enfant enlevé, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières - Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 349 ss (Cité : GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant)

GOUTTENOIRE Adeline, Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence, *in* RTDH, 2016, p. 61 ss (cité : GOUTTENOIRE, RTDH)

HUTCHINSON Anne-Marie/ROBERTS Rachel/SETRIGHT Henry/, International Parental Child Abduction, Bristol (Family law) 1998

JAQUIERY Virginie /VAERINI JENSEN Micaela, La violence domestique à l'égard des femmes en droit international, européen et suisse, *in* Les droits de l'Homme au Centre, (BESSON Samantha [et al.], édit.), Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2006, p. 415 ss

JAMETTI GREINER Monique, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, *in* FamPra.ch 2008, Berne (Stämpfli) 2008, p. 277 ss

KAYE Miranda, The Hague Convention and the flight from domestic violence : How Women and Children are being returned by Coach and Four, *in* International Journal of Law, Policy and the Family 13, (Oxford University Press) 1999, p. 191 ss

KÜNG Joelle, L'enlèvement international d'enfant : deux ans d'expériences avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger, *in* Le droit civil dans le contexte international : journée de droit civil 2011 (BADDELEY Margareta [et al.], édit.), Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2012, p. 54 ss

KLÖTGEN Paul, La portée juridique donnée à la parole de l'enfant, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon 20 et 21 novembre 2013, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 337 ss

LEVANTE Marco, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, St-Gall Lachen (Dike Verlag AG) 1998

LOWE Nigel [et al.] International Movement of Children : Law Practice and Procedure, Bristol (Family Law) 2004

LOWE V. Nigel, In the best interests of abducted children ? Securing their immediate return Under the 1980 Hague Abduction Convention, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières - Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 246 ss

MAZENAUER Lucie, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen- Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2012

MCLEAVY Peter, The European Court of Human Rights and the Hague Child abduction convention : Prioritising Return or Reflection ? *in* Netherlands International Law Review, Volume 62, (Springer) 2015, p. 365 ss :

<http://link.springer.com/article/10.1007/s40802-015-0040-z> (15 juillet 2017)

MEIER Philippe/STETTLER Martin, Droit de la filiation, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2009

PAPAZISSI Theofano, La prise en compte de la parole de l'enfant qui s'oppose à son retour, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières - Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 361 ss

PAPE Isabel, Internationale Kindesentführung : Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, Frankfurt am Main (Peter Lang) 2010

PONCET Dominique/CAMBI FAVRE-BULLE Alessandra, La Convention de La Haye (25 octobre 1980) sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : quel est l'intérêt protégé ?, *in* Mélange en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Genève Munich Bâle (Helbing et Lichtenhahn) 2000, p. 309 ss

SCHMID Carla, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002, *in* pratique juridique actuelle 2002 p. 1325 ss

SCHREINER Joachim/SCHWEIGHAUSER Jonas/URWYLER David, Zivilrechtliche Kindesentführung - die Sicht der Praktiker, *in* Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Basel (Stämpfli) 2010, p. 99

SCHUZ Rhona, the Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis, Oxford (Hart publishing) 2013

WEINER Merle, Xiomara's choice (Your life or Your child) : Reinvigorating Article 20 of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, *in* Les enlèvements d'enfants à travers les frontières - Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruxelles (Bruylant) 2004, p. 239 ss

ZÜRCHER Raphaela, Kindesentführung und Kindesrechte, Genève Zürich Bâle (Schulthess) 2005

Documents officiels

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, rapport préliminaire no 9 sur la violence conjugale et familiale et l'article 13 « risque grave » exception dans le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : Document de réflexion : <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf> (cité: Conférence de La Haye de Droit international privé, document de réflexion)

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, rapport de la deuxième réunion de

la commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant tenue du 18 au 21 janvier 1993 : <https://assets.hcch.net/upload/abdrpt93f.pdf> (Cité: Conférence de La Haye de droit international privé, Rapport)

CONSEIL FEDERAL, 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, 28 février 2007, FF 2007 p. 2433 ss : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2007/2433.pdf>

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Enlèvement international d'enfants et protection du droit de visite - Statistique 2016 : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/kindesentfuehrung/kindesentfuehrung-statistik-f.pdf>

RAPPORT EXPLICATIF sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, Actes et documents de la Quatorzième session (1980), tome III, Enlèvement d'enfants, Publication de la Conférence de La Haye, PEREZ-VERA Elisa, 1982 : <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf> (23 juillet 2017) (Cité : Rapport explicatif)

DECLARATION AD PLAGIAT

« J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets. »



Fabienne Fuchser