

Mise en œuvre de la Convention de La Haye et de la Convention européenne sur les enlèvements internationaux d'enfants / Ratification et mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants, d'une part et des adultes, d'autre part

Rapport explicatif

1 Grandes lignes du projet	2
1.1 Le point de la situation	2
1.2 La nouvelle réglementation préconisée	4
1.2.1 Vue d'ensemble	4
1.2.2 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (convention de La Haye sur la protection des enfants, CLaH 96)	5
1.2.3 Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (convention de La Haye sur la protection des adultes, CLaH 2000)	8
1.2.4 Loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants et sur la mise en œuvre des conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes	9
2 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	19
2.1 Au niveau de la Confédération	19
2.2 Au niveau des cantons et des communes	19

1 **Grandes lignes du projet**

1.1 **Le point de la situation**

Lors d'enlèvements internationaux d'enfants et de conflits transfrontaliers auxquels donne lieu l'exercice du droit de visite, la Suisse applique les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.2) ainsi que celles de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (RS 0.211.230.01). Ces deux instruments internationaux sont entrés en vigueur pour la Suisse dès le 1^{er} janvier 1984. Jusqu'à présent, ils ont été ratifiés par 75 Etats, pour le premier et par 34, pour le second.

En Suisse, l'application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants a donné lieu à diverses interventions parlementaires¹ ainsi qu'à des critiques dans les médias. Aussi, le 10 mars 2005, le Département fédéral de justice et police a-t-il institué une commission d'experts en la chargeant notamment de formuler des propositions visant à améliorer sur les plans législatif et pratique le traitement de cas d'enlèvement international d'enfants, en évaluant, en particulier, les possibilités d'appliquer les dispositions de la convention susmentionnée selon un mode mieux adapté aux enfants. Le 22 février 2006, le Conseil fédéral a publié le rapport final² de la commission d'expert daté du 6 décembre 2005, ainsi que le projet de loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants dont il était assorti³.

Le Conseil fédéral a pris connaissance des propositions de la commission d'experts le 22 février 2006. Se basant sur le rapport de cette commission, il préconise l'adoption d'une loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants, calquée sur le projet de la commission. Celui-ci ne prévoit pas seulement des adaptations en matière d'enlèvement international d'enfants mais encore la ratification et la mise en œuvre de deux nouvelles conventions de La Haye, à savoir la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de

¹ Postulat Vermot-Mangold du 17 juin 2004 (04.3367 ; Protection des enfants en cas d'enlèvement par un parent), adopté par le Conseil fédéral le 24 septembre 2004 et par le Conseil national le 17 décembre 2004; motion Vermot-Mangold du 7 mai 2003 (03.3214 ; Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Protection des enfants); proposition du Conseil fédéral du 19 septembre 2003 de transformer la motion en postulat; acceptée par le Conseil national sous forme de postulat le 13 juin 2005; interpellation Hubmann du 7 mai 2003 (03.3208 ; Protection des enfants), réponse du Conseil fédéral du 9 septembre 2003, discussion au Conseil national le 13 juin 2005, interpellation liquidée; motion Leuthard du 8 mai 2003 (03.3235 ; Bien de l'enfant, Adapter la Convention de La Haye), adoptée par le Conseil national (3.10.2003) et par le Conseil des Etats (3.3.2004).

² Le rapport est consultable à partir de la page d'accueil de l'Office fédéral de la justice (adresse: www.bj.admin.ch) rubrique société/législation/enlèvements internationaux d'enfants.

³ Le rapport est consultable à partir de la page d'accueil de l'Office fédéral de la justice (adresse: www.bj.admin.ch) rubrique société/législation/enlèvements internationaux d'enfants.

protection des enfants (convention de La Haye sur la protection des enfants, CLaH 96)⁴ et la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (convention de La Haye sur la protection des adultes, CLaH 2000)⁵.

En vertu de l'art. 85, al. 1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291), en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable et la reconnaissance des décisions ou mesures étrangères sont régies par la convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, convention qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 4 février 1969 (CLaH 61 ; RS 0.211.231.01). Aux termes de l'art. 85, al. 2, LDIP, cette convention s'applique par analogie aux personnes qui sont majeures ou qui sont mineures au sens du seul droit suisse ou aux personnes qui n'ont pas leur résidence habituelle dans un Etat contractant. La CLaH 61 présente des lacunes sur différents points: la compétence de l'Etat de résidence habituelle d'un mineur de prendre des mesures de protection à l'égard de celui-ci (art. 1, CLaH 61) est édulcorée par celle de l'Etat dont le mineur est ressortissant de prendre, selon son droit interne, les mesures de protection qu'il juge utiles (art. 4, CLaH 61) ; en outre, cet instrument international ne statue aucune obligation d'exécuter des mesures étrangères de protection. La coopération internationale fondée sur ce texte ne fonctionne que dans une mesure restreinte.

Les lacunes présentées par la CLaH 61 ont incité la Conférence de La Haye de droit international privé à remanier totalement cet instrument, l'idée étant de le remplacer par une nouvelle convention et de faire d'une pierre deux coups en cherchant à élaborer une codification de la protection transfrontalière des adultes. De ces travaux, sont issus la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96) puis la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (CLaH 2000). Etat membre de la Conférence de La Haye, la Suisse a joué un rôle déterminant dans l'élaboration des deux nouveaux instruments. Elle a signé la CLaH 96 le 1^{er} avril 2003⁶. A l'instar de la CLaH 61, la CLaH 96 vise à exclure les conflits entre les autorités de différents Etats parties lorsqu'il s'agit de prendre des mesures de protection des personnes ou du patrimoine de l'enfant. A cette fin, elle contient des dispositions qui élargissent de manière décisive la coopération internationale et l'entraide judiciaire. Au demeurant, le nouvel instrument complète et renforce la portée de la CLaH 80 en matière de responsabilité parentale et de relations personnelles (droit de visite).

La CLaH 96 et la CLaH 2000 complètent également plusieurs autres instruments internationaux auxquels la Suisse était déjà partie, notamment la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH 93 ; RS 0.211.221.311). L'adhésion à ces conventions s'inscrit dans la ligne des mesures entreprises par la Suisse pour réformer sa législation concernant la protection de l'enfant et de l'adulte. Au nombre de celles-ci figurent la révision du Code civil (état civil, conclusion du mariage et divorce, filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 26

⁴ On peut en consulter le texte à l'adresse www.hcch.net (convention no 34)

⁵ On peut en consulter le texte à l'adresse www.hcch.net (convention no 35)

⁶ A ce jour 27 Etats l'ont signée et 12 l'ont ratifiée

juin 1998 (RO 1999 1118) et la révision en cours dudit code (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation). L'avant-projet a été mis en consultation en 2003⁷ et sera soumis au Parlement en 2006.

1.2 La nouvelle réglementation préconisée

1.2.1 Vue d'ensemble

La loi dont le projet vous est soumis est censée s'appliquer aux enlèvements internationaux d'enfants, dans les limites définies par la CLaH 80 et par la CE 80. Elle règle certaines questions de procédure et d'exécution, notamment dans le but de permettre en Suisse une mise en œuvre des deux instruments, à la fois accélérée et respectueuse des intérêts de l'enfant. Elle ne modifie en rien la doctrine moniste qui prévaut en Suisse. Les dispositions des deux conventions citées demeureront directement applicables.

Les modifications nécessaires de la procédure de retour de l'enfant figurent également dans le projet de code de procédure civile suisse⁸ (notamment aux art. 5, al. 1, let. h, 297 et 298 P-CPC). La mention des mêmes dispositions dans deux projets de loi différents pourra être évitée dès que l'on aura tranché sans ambages la question de savoir si les innovations législatives concernant les enlèvements internationaux d'enfants doivent être intégrées dans la loi consacré à ce problème ou dans le nouveau CPC. Comme la loi sur les enlèvements internationaux d'enfants entrera probablement en vigueur avant le CPC, il est également concevable que des dispositions analogues soient alors introduites dans le CPC.

En outre, la loi servira à la mise en œuvre de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 que la Suisse devra encore ratifier. La mise en œuvre de ces deux conventions n'exige pas de précisions supplémentaires, hormis en ce qui concerne le partage des attributions entre la Confédération et les cantons. Protéger les enfants et les adultes tributaires d'une assistance est un objectif primordial vers lequel tout régime juridique se doit de tendre. Compte tenu de la mobilité croissante des personnes, la Suisse a également intérêt à ce que cet objectif ne soit pas non plus perdu de vue sur le plan du droit international privé. Aussi, est-il hautement souhaitable qu'en matière de lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants les normes de ce droit qui ont trait à la protection de l'enfant et de l'adulte soient coordonnées et établies de manière impérative à la faveur de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 ainsi que de la législation relative à la mise en œuvre desdites conventions. Les conventions de La Haye présentent aussi l'avantage non négligeable d'avoir un champ d'application qui ne

⁷ Cf. Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, avant projet de 2003 (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0002.File.tmp/entw-zgb-f.pdf>) et rapport explicatif (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0016.File.tmp/vn-ber-f.pdf>). Cet avant-projet est complété par un rapport et avant-projet de la loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0013.File.tmp/vn-begleitber-f.pdf>).

⁸ www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht.html

s'arrête pas aux limites de l'Europe. L'adoption de la loi fédérale sur la mise en œuvre des 4 conventions (CLaH 80, CE 80, CLaH 96 et CLaH 2000) exigera enfin une modification de l'art. 85 LDIP.

D'un point de vue formel, la nouvelle loi fédérale proposée peut faire partie intégrante de l'arrêté fédéral concernant la ratification des deux conventions de La Haye concernant l'une, la protection des enfants et l'autre, celle des adultes (CLaH 96, et CLaH 2000). Cette conception qui se fonde sur l'art. 141a Cst. a été concrétisée la première fois dans le cadre de l'adoption de la loi fédérale du 17 décembre 2004 concernant l'accord avec la Communauté européenne relatif à la fiscalité de l'épargne (FF 2004 6744). Il serait certes également concevable de soumettre la loi aux Chambres fédérales séparément des deux nouvelles conventions de La Haye, étant donné qu'elle contient des dispositions portant avant tout sur la mise en œuvre des conventions CLaH 80 et CE 80, qui ont toutes deux déjà été ratifiées. Le procédé de l'article 141a Cst., emportant une limitation des droits populaires, ne se justifierait ainsi pas obligatoirement. C'est à partir des résultats de la procédure de consultation qu'on pourra déduire quelle méthode doit être préférée.

1.2.2 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (convention de La Haye sur la protection des enfants, CLaH 96)⁹

1.2.2.1 Champ d'application

Les normes qui forment le cœur de la CLaH 96 sont celles qui règlent la compétence des autorités judiciaires et administratives (art. 5 à 14), les questions relatives à la loi applicable (art. 15 à 22), enfin la reconnaissance et l'exécution des jugements et décisions étrangers (art. 23 à 28). Entrent dans le champ d'application de la convention les mesures visant à protéger la personne de l'enfant et ses biens. La CLaH 96 contient, en outre, des dispositions réglant la coopération des autorités compétentes en matière de protection de l'enfant (art. 29 à 39). Sont notamment exclus du champ d'application de la convention les décisions en matière d'adoption, les obligations alimentaires, la sécurité sociale, les mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants et les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration (art. 4, let. b, e, g, i et j).

Par enfant au sens de la convention (art. 2) il faut entendre toute personne à partir de sa naissance et jusqu'à ce qu'elle ait atteint l'âge de 18 ans.

⁹ La CLaH 96 a fait l'objet d'un rapport explicatif détaillé rédigé par Paul Lagarde et publié en français et en anglais. Il peut être consulté à l'adresse; <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp134.pdf>.

1.2.2.2 Compétence

La CLaH 96 est basée sur la compétence des tribunaux et autorités administratives de l'Etat contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle (art. 5). Cet Etat conserve, par principe, sa compétence même lorsque l'enfant a été déplacé illicitement en violation d'un droit de garde.

Des dérogations au principe général selon lequel la compétence appartient aux autorités de l'Etat dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle, sont admises en cas de divorce ou de séparation de corps des parents (art. 10), lorsqu'il y a urgence à prendre des mesures de protection de l'enfant (art. 11) ou lorsque les mesures prises par un autre Etat contractant non compétent déploient des effets territorialement restreints à cet Etat (art. 12 ; cf., en outre, art. 55). Enfin la CLaH 96 contient des dispositions réglant la délégation - par consentement mutuel - d'une procédure d'un Etat à un autre (art. 8 et 9). Ce transfert de compétence devrait à l'avenir permettre d'éviter que deux Etats contractants arrêtent des décisions qui sont contradictoires.

1.2.2.3 Loi applicable

Lorsqu'ils décident de l'attribution de la responsabilité parentale de plein droit et lorsqu'ils ordonnent des mesures de protection, les tribunaux et autorités administratives compétents au sens de la CLaH 96, appliquent leur loi, pour autant que la protection de la personne ou des biens de l'enfant ne requière pas l'application de la loi d'un autre Etat (art. 15 ss.). L'application du droit étranger doit être écartée lorsqu'elle serait au détriment de tiers de bonne foi (art. 19) ou encore serait manifestement contraire à l'ordre public (art. 22).

Les autorités compétentes appliquent également leur loi lorsqu'il s'agit de restreindre ou de retirer une responsabilité parentale attribuée sous l'empire d'un autre droit (art. 16 à 18).

1.2.2.4 Reconnaissance et exécution

La CLaH 96 oblige tous les Etats contractants à reconnaître et à exécuter les mesures prises par les autorités d'un Etat contractant (art. 23 ss.). Ce n'est que dans des cas précisément définis et exhaustivement énumérés que la reconnaissance peut être refusée, par exemple, si la mesure a été prise par une autorité qui n'était pas compétente ou si l'enfant n'a pas été entendu (art. 23, let a et b). L'autorité de l'Etat requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité étrangère s'est fondée pour ordonner la mesure (art. 25).

L'exécution par un Etat contractant d'une décision prise par une autorité étrangère est régie par le droit de cet Etat (art. 26, par. 1 et art. 28). Chaque Etat contractant est tenu d'appliquer à la déclaration d'exequatur ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide (art. 26, par. 2) ; l'autorité de l'Etat requis ne doit procéder à aucune révision matérielle de la mesure prise par l'autorité étrangère (art. 27).

1.2.2.5 Coopération

En matière de protection internationale des enfants, bien souvent, ce ne sont pas tant les questions de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution qui

présentent des difficultés majeures sur le plan pratique que la réunion de toutes les informations sur l'enfant lui-même et sa famille, qui sont pertinentes au regard de la décision à prendre. Aussi, la CLaH 96 prévoit-elle, de surcroît, la mise en place d'une structure destinée à promouvoir et à faciliter les échanges internationaux d'informations et la coopération entre les autorités et les tribunaux compétents pour arrêter les mesures de protection de l'enfant. (Art. 29 ss). Le réseau des autorités centrales – chaque Etat est tenu d'en désigner une – qui a pour mission de faciliter la communication et d'offrir l'assistance requise par la convention a donné toute satisfaction dans le cadre d'autres instruments de la Conférence de La Haye (en matière d'adoption et d'enlèvements internationaux d'enfants). Etat fédéral, la Suisse a la faculté de désigner plusieurs autorités centrales. Toutefois elle devra en déterminer une seule à laquelle toute communication pourra être adressée en vue de sa transmission à l'autorité centrale territorialement compétente.

Il incombe aux autorités centrales des Etats contractants de coopérer entre elles aux fins d'atteindre les objectifs de la CLaH 96 (art. 30, par. 2). Elles doivent fournir aux autres autorités des informations sur leur législation ainsi que sur les services disponibles dans leur Etat en matière de protection de l'enfant (art. 30, al. 2). En outre, elles sont tenues de faciliter les communications, de prêter leur concours aux autorités compétentes en cas de délégation de la procédure au sens des art. 8 et 9, de favoriser des ententes à l'amiable et d'aider à localiser l'enfant lorsqu'il a besoin de protection (art. 31). Outre ces tâches d'ordre général, l'autorité centrale de l'Etat contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle peut fournir un rapport sur la situation de l'enfant et demander à l'autorité compétente de cet Etat d'examiner l'opportunité de prendre des mesures tendant à protéger la personne ou les biens de l'enfant (art. 32). Au titre de la coopération, la CLaH 96 oblige, en outre, l'autorité compétente d'un Etat contractant à demander l'aval de l'autorité compétente étrangère lorsque le placement d'un enfant dans un autre Etat contractant est envisagé (art. 33). En outre, lorsqu'un enfant a fait l'objet de mesures de protection de la part de l'autorité compétente d'un Etat contractant et change de résidence, l'autorité compétente de l'Etat où l'enfant a sa nouvelle résidence doit en être avisée (art. 36). En contrepartie, l'autorité compétente peut demander à toute autorité d'un autre Etat contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer (art. 34, al. 1) ou solliciter son assistance pour la mise en œuvre des mesures de protection prises en application de la convention (art. 35, par. 1). Dans ce contexte, les autorités compétentes d'un Etat contractant peuvent également communiquer des renseignements et des preuves relatifs à l'aptitude d'un parent à exercer le droit de visite, à l'autorité étrangère appelée à statuer sur l'exercice de ce droit. Avant de se prononcer, cette dernière autorité devra prendre en compte ces renseignements, preuves ou conclusions (art. 35, par. 2). Il va de soi qu'une autorité ne peut demander ou transmettre des informations si une telle demande ou transmission était de nature à mettre en péril la personne ou les biens de l'enfant ou à constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille (art. 37).

La CLaH 96 présente pour les autorités communales et cantonales de protection de l'enfant ainsi que pour les tribunaux l'avantage de leur permettre de communiquer directement avec un interlocuteur étranger bien circonscrit, qu'il s'agisse, par exemple, de se mettre d'accord sur la compétence de procéder, de recueillir les informations utiles en vue du prononcé de décisions relatives à des mesures de protection de l'enfant ou à l'attribution du droit de garde, de demander un rapport sur la situation

d'un enfant se trouvant à l'étranger ou encore d'examiner la nécessité et la proportionnalité d'une mesure.

1.2.3 Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (convention de La Haye sur la protection des adultes, CLaH 2000)¹⁰

La systématique de la CLaH 2000 est identique à celle de la CLaH 96: le chap. 1 (art. 1 à 4) est consacré au champ d'application, le chap. 2 (art. 5 à 12) concerne la compétence, le chap. 3 (art. 13 à 25) règle le droit applicable, le chap. 4 (art. 26 à 28) a trait à la reconnaissance et à l'exécution, le chap. 5 (art. 29 à 37) concerne la coopération, le chap. 6 (art. 38 à 52) regroupe les dispositions générales. Quant au dernier chapitre (art. 53 à 59) il est consacré aux clauses finales.

La CLaH 2000 doit être considérée comme étant complémentaire de la CLaH 96. Elle est applicable aux personnes ayant atteint l'âge de 18 ans.

A l'instar de la CLaH 96, la CLaH 2000 exclut de son champ d'application toute une série de domaines et, en particulier, les obligations alimentaires, la sécurité sociale, les mesures publiques de caractère général en matière de santé et les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration (art. 4, al. 1, let. a, e, f et h). En revanche, elle laisse aux Etats contractants le soin de déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures d'assistance à l'égard d'adultes ayant besoin de protection et, dans l'affirmative, lesquelles.

Les différences que présentent les deux conventions résultent du fait que les enfants ont, par principe, besoin d'être protégés alors que les adultes nécessitant des mesures de protection constituent l'exception. En outre, si la protection d'un enfant incombe, au premier chef, aux parents, le soin de protéger une personne adulte ne leur est laissé qu'à titre exceptionnel. Il en résulte une importance légèrement différente de la nationalité dans la CLaH 2000: alors que la CLaH 96 s'est éloignée de manière conséquente du principe de la nationalité, l'Etat dont l'adulte est ressortissant demeure, selon la CLaH 2000, compétent pour autant que l'Etat de résidence habituelle de l'adulte n'ait rendu formellement aucune décision contraire (art. 7, al. 3).

L'art. 15 qui admet la licéité et la reconnaissance internationale des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, constitue une particularité. La convention réserve, toutefois, la faculté qu'ont les autorités compétentes de retirer ou de modifier ces pouvoirs (art. 16), l'obligation de respecter la loi dont l'application s'impose (art. 20), enfin le cas de figure dans lequel cette application doit être écartée, à savoir lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public (art. 21).

¹⁰ La CLaH 2000 a fait l'objet d'un rapport explicatif détaillé rédigé par Paul Lagarde et publié en français (<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl35f.pdf>) et en anglais (<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl35e.pdf>).

1.2.4 Loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants et sur la mise en œuvre des conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes

1.2.4.1 Autorités centrales de la Confédération et des cantons (art. 1 et 2)

Les dispositions de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 qui règlent les questions de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution des décisions ou mesures étrangères, sont d'applicabilité directe. Il suffit d'y faire référence dans le libellé de l'art. 85 LDIP. Il est superflu de concrétiser ces dispositions dans le cadre d'une loi fédérale. Outre le fait qu'elles règlent les questions susmentionnées, la CLaH 96 et la CLaH 2000 prévoient l'instauration d'autorités centrales et la coopération internationale de ces autorités en matière de protection des enfants et des adultes. S'agissant de la Suisse, il est nécessaire d'adopter des dispositions législatives qui fixent les attributions de l'autorité centrale de la Confédération, d'une part, et celles des autorités centrales des cantons, de l'autre.

Comme, en Suisse, ce sont exclusivement les autorités cantonales et communales qui sont chargées de prendre les décisions et mesures matérielles en matière de protection des enfants, il conviendrait – à l'instar de ce que prévoit l'art. 2, al. 2 de la loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH) – d'instituer des autorités centrales et d'attribuer à l'autorité centrale de la Confédération une fonction de coordination. La Confédération compte déjà une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants (intégrée dans le service de protection internationale des enfants) sise à l'Office fédéral de la justice qui est chargée, au titre de la CLaH 80 et de la CE 80, de traiter les cas d'enlèvement internationaux d'enfants et de conflits transfrontaliers auxquels donne lieu l'exercice du droit de visite. Suite à la ratification de la CLaH 96 et de la CLaH 2000, elle devra, en outre, assumer les tâches d'information et de coordination dans le cadre de la coopération internationale. Interlocutrice valable des autorités centrales des administrations étrangères, il lui incombera de transmettre à l'autorité suisse compétente les communications émanant de l'étranger, de fournir aux autorités étrangères des renseignements sur le droit applicable en Suisse ainsi que sur les autorités et services de protection des enfants existant dans ce pays, enfin de représenter la Suisse, notamment lors de réunions internationales, telles qu'elles sont déjà prévues par la CLaH 80, la CE 80 et la Convention de La Haye sur l'adoption (CLaH 93). Enfin, elle remplira auprès des autorités centrales des cantons une fonction de conseil et de coordination, fonction qui a déjà donné toute satisfaction dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention de La Haye sur l'adoption.

Chaque canton désigne, en outre, pour son territoire, une autorité centrale exerçant les attributions qui lui sont dévolues par la CLaH 96 et la CLaH 2000. Il lui appartiendra, notamment, d'assurer la transmission transfrontalière de communications et documents aux autorités et tribunaux suisses et étrangers saisis des cas ainsi que de favoriser les échanges de vues entre autorités étrangères et suisses. Par ailleurs, sur le plan intérieur, il lui incombera d'encourager la coordination des actions menées par les autorités cantonales et communales chargées de la protection des enfants et des adultes.

1.2.4.2 Compétence (art. 3)

Le fait que, bien souvent, les procédures judiciaires et d'exécution des décisions ont une durée excessive, parce que la plupart font appel à plusieurs instances, est contraire à la maxime de célérité (art. 2 et 11, CLaH 80, art. 14, CE 80) et ne va pas dans le sens des intérêts de l'enfant. Aussi, convient-il de ne plus prévoir qu'une seule et unique instance au niveau des cantons (art. 3, al. 1). Puisque la procédure menée au titre de la CLaH 80 et de la CE 80 est sujette à recours devant le Tribunal fédéral, cette instance doit être l'autorité cantonale de recours (cour suprême, tribunal cantonal)¹¹.

La compétence de cette instance cantonale s'étend à toutes les décisions à prendre par rapport à un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse. Celles-ci comprennent, outre le prononcé portant sur la demande de retour, toutes les mesures de protection nécessaires, y compris la réglementation des relations personnelles entre parents et enfants pendant la procédure, la désignation d'un curateur à l'enfant ainsi que les décisions relatives à l'exécution du retour. Lorsque le jugement concernant le retour de l'enfant est attaqué devant le Tribunal fédéral, l'instance cantonale reste compétente jusqu'à l'entrée en force du jugement ou jusqu'à la fin de la procédure de retour, pour prendre au besoin les mesures de protection qui s'imposent ou modifier celles qui sont déjà appliquées. Si le retour de l'enfant est définitivement refusé, la compétence de pourvoir aux besoins de l'enfant passe aux tribunaux ordinaires.

Est compétent à raison du lieu, le tribunal du canton où l'enfant a sa résidence habituelle (art. 3, al. 2). En l'occurrence, s'applique également le principe selon lequel une compétence, une fois établie, ne devient pas caduque par suite du déplacement du point de rattachement déterminant (*perpetuatio fori*). L'application de ce principe peut poser des problèmes pratiques dans certains cas, notamment lorsque l'enfant a un nouveau lieu de résidence situé dans une autre région du pays. En pareil cas, le tribunal du for doit pouvoir demander au tribunal qui serait compétent à raison du nouveau lieu de résidence de l'enfant s'il est disposé à reprendre le cas. Si ce tribunal répond par l'affirmative et si les parties consentent à ce que la cause lui soit transférée, la compétence passe à ce tribunal. Il est aussi possible - moyennant l'accord des parties et le consentement du tribunal requis - de transférer une procédure dans un autre canton, lorsque le canton de résidence de l'enfant est un canton dont le tribunal compétent n'a aucune expérience ou qu'une expérience très restreinte des procédures couvertes par la CLaH 80 et la CE 80. En pareille occurrence, la cause peut être transmise au tribunal compétent d'un canton voisin lorsqu'il dispose de plus d'expérience des affaires d'enlèvement d'enfants, cela pour autant que ce tribunal et les parties consentent à ce transfert.

Les autorités des communes et celles des districts étant parfois dépassées dès lors qu'il s'agit d'exécuter le retour dans un Etat étranger d'un enfant enlevé, le projet prévoit que les cantons désignent une seule autorité disposant du savoir-faire et des capacités nécessaires, qui sera chargée d'assurer ce retour (art. 5, al. 3).

¹¹ Cf. art. 75, al. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) qui entrera en vigueur le 1er janvier 2007.

1.2.4.3 Experts (art. 4)

L'autorité centrale de la Confédération s'efforcera de mettre en place, avec la collaboration des cantons, un réseau d'experts et d'institutions qualifiées qui, notamment dans des cas d'enlèvements d'enfants, pourraient être sollicités pour fournir des services de conseil, de conciliation et de médiation (art. 7, par. 2, let. c, CLaH 80, art. 31, let. b, CLaH 96 et art. 31 CLaH 2000). Les représentants de la Confédération et des cantons disposent des connaissances et des contacts nécessaires pour leur permettre de choisir, dans toutes les régions linguistiques, des experts qualifiés et disponibles, aptes de surcroît à assumer la fonction de curateur de l'enfant. Sous la houlette de l'autorité centrale de la Confédération, appuyée par les cantons et des institutions privées, il s'agira d'institutionnaliser une coopération au travers d'un réseau d'experts. Il est aussi loisible à l'autorité centrale de la Confédération de charger une institution privée de mettre en place et d'entretenir le réseau.

Dans chaque cas particulier, il s'agira tout d'abord d'établir les contacts avec toutes les personnes concernées prêtes à collaborer ainsi qu'avec les experts ad hoc en Suisse et à l'étranger, puis de procéder à une analyse approfondie de la situation et du conflit, qui permette d'identifier les problèmes centraux qui se sont fait jour. Puis, dans une seconde phase on passera aux conseils, à la conciliation ou à la médiation, processus auxquels pourront être associés les autorités et tribunaux suisses et étrangers s'occupant du conflit. Il convient également qu'après la clôture de la procédure les experts du réseau restent à disposition pour le cas où des doutes et des points litigieux apparaîtraient, permettant ainsi de faire perdurer l'accord obtenu à l'amiable entre les parties.

1.2.4.4 Procédure de conciliation et de médiation (art. 5)

Les discordes auxquelles donnent lieu les retours d'enfants sont très pénibles pour tous les intéressés et peuvent dégénérer en procédures longues et coûteuses. Aussi est-il de première importance – ne serait-ce que pour le bien des enfants – de chercher à aboutir rapidement et durablement à un accord amiable. L'initiative peut partir de l'autorité centrale. Toutefois, dans nombre de cas, elle incombera au tribunal, dès que celui-ci aura été saisi de la demande de retour (soit par le truchement de l'autorité centrale, soit directement par le requérant). Dans un premier temps, le tribunal se bornera à nommer un curateur pour l'enfant (à moins qu'il ait déjà été désigné auparavant) et, au besoin, à ordonner les autres mesures de protection qui s'imposent. Le tribunal est libre dans le choix de la voie à suivre. Toutefois, pour des raisons évidentes, il se fera conseiller par les experts qui ont déjà pris connaissance du cas dans le cadre du réseau mentionné à l'art. 4. Dans quelques cas, la conciliation peut également être conduite par le tribunal même.

S'agissant du déroulement concret de la procédure de conciliation et de médiation, les intéressés s'en tiendront aux règles fixées par l'autorité et aux modalités de négociation qui ont cours dans la pratique. Ils voueront une attention particulière à la vulnérabilité de l'enfant et à la tension émotionnelle des parents. Compte tenu de la maxime de célérité statuée par la Convention de La Haye, le tribunal doit fixer un terme jusqu'auquel ces tentatives doivent aboutir. Le tribunal est informé de ce que ces tentatives ont pris fin. Les faits révélés et les avis exprimés par les intéressés dans le cadre de la procédure de conciliation et de médiation ne peuvent être communiqués au tribunal que si les intéressés y consentent.

Il y a lieu d'attacher beaucoup de prix à ce que tous les intéressés participent activement à la recherche d'une solution amiable. L'enfant doit également être associé à ce processus. Il sera parfois difficile de motiver la partie requérante à se rendre en Suisse lorsqu'elle réside dans un Etat très éloigné. Outre l'effet dissuasif qu'exercent les frais de voyage élevés, la personne en cause pourra aussi, se sentir paralysée par la crainte d'être impliquée dans une procédure pénale (à la suite d'une plainte pénale déposée pour non paiement de pensions alimentaires ou d'une accusation de mauvais traitements, et.). Pourtant, sa présence faciliterait souvent le règlement du litige. Dans toute la mesure du possible, il y a lieu d'élucider de tels blocages voire, accorder une aide financière, dans les situations exceptionnelles, aide qui se justifie d'autant plus que la conclusion d'un accord à l'amiable permet de réaliser une économie notable (frais judiciaires et honoraires d'avocat).

1.2.4.5 Mesures de protection (art. 6)

Si l'intégrité physique et/ou psychique d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse est menacée, si celui-ci risque d'être caché par son ravisseur ou déplacé vers un Etat tiers, ou encore si la discorde entre les parties est telle qu'on peut s'attendre à ce que la procédure soit longue et pénible, ce qui représente une épreuve inutile pour l'enfant, il importe que l'autorité prenne ou ordonne à l'égard de celui-ci toutes les mesures de protection nécessaires. A titre de première mesure, le tribunal appelé à connaître de la demande de retour doit désigner un curateur pour l'enfant (art. 6, al. 1, let. a). Celui-ci représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour. Le curateur ne doit pas seulement disposer des connaissances juridiques nécessaires dans les cas d'enlèvement d'enfants; il faut encore qu'il soit apte à conseiller et à écouter l'enfant et comprenne ses origines culturelles sociales et familiales. En outre, lorsqu'ils choisissent le représentant de l'enfant, les tribunaux doivent veiller à ce que celui-ci ait une expérience suffisamment solide pour sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance et sans se laisser par trop influencer par les parents. Le réseau mentionné à l'art. 4 devrait faciliter l'accès à des personnes qualifiées pour assurer la représentation de l'enfant. Celui-ci participe à la procédure en qualité de partie. S'il est capable de discernement, il peut désigner lui-même un représentant.

Au besoin, le tribunal règle également le droit de visite du parent resté dans l'Etat requérant. Ce premier contact sert à instaurer la confiance de ce parent envers le tribunal. Il est de nature à déboucher ultérieurement sur l'ouverture de pourparlers en vue d'une conciliation. Par ailleurs, le tribunal est compétent pour prendre, au besoin, d'autres mesures de protection de l'enfant (art. 6, al. 1., let. b).

Dans certains cas, il peut se révéler judicieux de désigner un curateur pour l'enfant ou d'ordonner d'autres mesures de protection bien qu'aucune demande de retour n'ait encore été déposée devant le tribunal cantonal compétent. S'il s'agit d'un cas d'enlèvement porté à la connaissance de l'autorité centrale, celle-ci - de même que les parents d'ailleurs - doit pouvoir requérir du tribunal qu'il ordonne de telles mesures (art. 6, al. 2). Cette démarche aurait pour principal avantage de permettre à l'enfant de disposer d'un représentant apte à défendre ses intérêts dans une procédure de conciliation ou de médiation ouverte à l'instigation de l'autorité centrale.

1.2.4.6 Procédure judiciaire (art. 7)

Si la tentative de conciliation ou de médiation échoue, la procédure judiciaire proprement dite débute. Conformément à la maxime de célérité statuée à l'art. 11, al. 2, CLaH 80 et à l'art. 14, CE 80, cette procédure doit être simplifiée (art. 8, al. 1).

L'enfant est entendu d'office (art.8, al. 2). Au demeurant, s'agissant de l'exécution de l'audition et d'éventuelles dérogations au principe de l'audition, il y a lieu de s'en tenir à la pratique qui s'est développée en relation avec les art. 144, al. 2 et 314, ch. 1, CC. Le tribunal peut confier l'audition à des experts disposant de l'expérience nécessaire.

Dans la mesure du possible, le tribunal entend les deux parents en personne. Il y a lieu de faciliter le voyage en Suisse au parent vivant à l'étranger qui a requis le retour de l'enfant et, au besoin, de lui accorder une aide financière pour couvrir ses frais de voyage. La présence des deux parents peut être déterminante pour la compréhension de la situation de l'enfant. Elle permet au tribunal de se forger directement une image des conditions de vie de l'enfant dans l'Etat requérant. Il convient d'éviter autant que possible que le parent demandeur, qui vit dans un pays lointain, soit obligé d'effectuer deux voyages vers la Suisse. Aussi, la procédure doit-elle être conçue de telle sorte qu'en cas d'échec de la tentative de médiation, la procédure judiciaire proprement dite débute immédiatement par l'audition des parties.

Dans le cadre des investigations qu'il mène, le juge devra surtout chercher à déterminer si et de quelle manière peut être assuré le retour de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle immédiatement avant d'avoir été déplacé ou retenu illicitement (art. 8, al. 4) Si l'audition personnelle des intéressés lui fournira de précieux renseignements à cet égard, il n'en devra pas moins utiliser tous les canaux disponibles et notamment établir les contacts nécessaires par le truchement de l'autorité centrale ainsi qu'avec le réseau dont la création est prévue, contacts qui sont de nature à faciliter l'obtention d'informations sur la situation dans l'Etat requérant.

1.2.4.7 Collaboration internationale (art. 8)

Une voie particulièrement utile pour obtenir des renseignements sur la situation qui attend l'enfant en cas de retour passe par le contact avec les autorités locales, assuré le plus souvent par les autorités centrales. Dans le cadre d'une procédure de retour, le tribunal compétent peut notamment avoir besoin de recueillir auprès d'un organisme neutre des informations sur les conditions d'accueil de l'enfant chez la partie demanderesse, à un autre endroit où l'enfant est censé vivre à son retour, ou encore au cas où un placement chez des tiers pourrait entrer en ligne de compte. Si ces informations ne sont pas satisfaisantes au regard de l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de demander aux autorités compétentes dans l'Etat requérant si elles sont disposées à ordonner ou à garantir les mesures nécessaires à la protection de l'enfant. Pour pouvoir statuer sur la demande de retour le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des conditions d'accueil qui attendent l'enfant.

1.2.4.8 Information (art. 9)

La partie demanderesse peut saisir directement les tribunaux de la cause sans en informer les autorités centrales suisses et étrangères (art. 29 CLaH 80). L'autorité

centrale de la Confédération ne peut remplir correctement ses fonctions d'organe de conseil et d'information ni jouer comme il convient son rôle d'intermédiaire que si elle est informée régulièrement des cas pendants devant les tribunaux et du déroulement des procédures. Aussi les tribunaux sont-ils tenus de la renseigner sur l'état d'avancement des procédures et lui communiquer leurs décisions. Les modalités doivent être réglées de gré à gré. S'agissant du déroulement de la procédure au sens de la CLaH 80, l'autorité centrale peut, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'Etat requérant, demander les raisons qui n'ont pas permis de clore l'affaire dans le délai de six semaines (art. 11, al. 2, CLaH 80). Elle a également le droit de participer à la procédure cantonale dans la mesure où la décision pourrait violer la législation fédérale qui concerne son domaine d'attributions (art. 111, al. 2 LTF).

1.2.4.9 Retour et intérêt de l'enfant (art. 10)

Afin d'assurer une application de la CLaH 80 mieux adaptée aux intérêts de l'enfant, il est nécessaire que le législateur définisse un ensemble de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait l'enfant dans une situation manifestement intolérable. La réglementation prévue à l'art. 10 n'est pas censée remplacer celle qui figure à l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80. Le terme « notamment » signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention.

La clarification opérée à l'art. 10 se réfère, tout d'abord, aux cas dans lesquels l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant (art. 10, let. a). Si tel n'est pas le cas, notamment parce que le parent qui a introduit la demande est le seul à exercer le droit de garde ou le seul à pouvoir être investi d'une telle responsabilité, il n'y a en principe pas lieu de craindre que l'enfant soit placé dans une situation intolérable à son retour, de sorte qu'il n'existe aucun motif de refuser celui-ci. La situation doit, en revanche, être qualifiée de critique lorsque le tribunal suisse compétent a la conviction que l'on ne saurait raisonnablement exiger de l'enfant qu'il soit hébergé chez le parent qui a introduit la demande de retour.

Lorsque cette option n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème du retour de l'enfant dans l'Etat requérant se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (il s'agit très souvent de la mère) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat (art. 10, let. b). Si tel n'est pas le cas, parce que, par exemple, le parent ravisseur y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant ou parce qu'il entretient en Suisse un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse), il peut y aller de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents. Une telle séparation n'est tolérable que dans cas exceptionnels et doit constituer une ultima ratio.

Un second cas de figure dans lequel l'opportunité du retour de l'enfant ne peut être appréciée que sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement, est celui dans lequel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait raisonnablement exiger de ce parent qu'il prenne soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (art. 10, let

b). Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet Etat. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. Entrent ensuite en ligne de compte les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant. En pareille occurrence, le retour de l'enfant reviendrait à ce que celui-ci ne doive être reconduit dans l'Etat requérant que pour y attendre l'attribution définitive du droit de garde au parent auteur de l'enlèvement avant de retourner à nouveau en Suisse avec ce dernier. Or un tel aller-retour ne servirait en définitive qu'à soumettre jusqu'à l'extrême l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'Etat de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résultera pas pour l'enfant de situation intolérable, motif qui justifierait une décision négative de retour en vertu de l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80.

Si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation du parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement (parce que le retour lui est impossible ou ne saurait être raisonnablement exigé de lui), il ne pourrait être exécuté dans des conditions convenables que si l'enfant peut être placé chez des tiers dans son Etat de provenance. Toutefois, une telle solution ne doit être recherchée et, partant, amener le tribunal suisse compétent à ordonner le retour de l'enfant que si le placement auprès de tiers n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. (art. 10, let. c). Cette troisième condition ne peut être remplie que si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant – ce qui peut être le cas lorsqu'il entretient avec ce parent une relation conflictuelle – et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de l'enfant. En tout état de cause, une telle solution ne doit être envisagée qu'à titre d'ultima ratio.

Pour que le retour soit conforme aux intérêts de l'enfant et, notamment, pour que les conditions visées à l'art. 13 CLaH 80 soient remplies, il faut que l'autorité qui statue soit au fait de la situation qui règne dans l'Etat requérant et du régime juridique qui y est en vigueur. Aussi, les parties et, en particulier, les parents ont-ils le devoir de participer à l'établissement des faits. Leur audition en personne par le tribunal (art. 7, al. 3) revêt donc une grande importance à cet égard. Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et à la coopération avec les autorités compétentes dans l'Etat requérant jouent également un rôle essentiel dans ce contexte. Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (art. 7, al. 4). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourraient avoir un retour pour l'enfant. Il sera placé dans une situation identique s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsqu'on est en droit de douter de la capacité du parent

demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. Sous ce rapport, la disposition figurant à l'art. 9 est donc directement liée à l'application pratique de l'art. 11.

1.2.4.10 Opinion de l'enfant (art. 11)

Cette disposition statue clairement à l'intention des tribunaux suisses compétents que l'opinion de l'enfant doit être appréciée dans sa globalité, quand bien même celui-ci l'a forgée en se référant, en particulier, aux causes et au déroulement de l'enlèvement ou encore aux circonstances qui ont entouré son accueil en Suisse. On ne saurait, toutefois, accorder crédit à l'opinion de l'enfant qui s'oppose à son retour, lorsque celle-ci est déterminée par autrui. Tel est le cas lorsque le parent qui a déplacé ou retenu illicitement l'enfant en Suisse a influé directement et à l'évidence sur la décision de ce dernier.

1.2.4.11 Décision de retour (art. 12)

Si le tribunal tranche en faveur de la partie qui a demandé le retour de l'enfant, il règle également les modalités de l'exécution de telle sorte que celle-ci n'exige plus de nouvelle procédure judiciaire (art. 12, al. 1). Les parties, y compris l'enfant ou son curateur, doivent également être entendues au sujet de l'ordonnance d'exécution. La décision statuant le retour de l'enfant et l'ordonnance d'exécution produisent effet dans l'ensemble de la Suisse (art. 12, al. 2). Elles ne peuvent plus être remises en cause, lors d'un changement de domicile dans un autre canton, par exemple.

Les mesures d'exécution doivent être ordonnées de telle manière qu'elles restent praticables également au cas où un recours serait formé devant le Tribunal fédéral. Si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral arrête les nouvelles mesures nécessaires. Lorsque le tribunal arrête les différentes mesures, il doit tenir compte du fait que leur exécution ne doit pas aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant ainsi que de la nécessité de laisser à l'autorité chargée de l'exécution suffisamment de temps pour s'efforcer d'obtenir que le retour ait lieu volontairement (art. 14). A cette fin, le tribunal aurait avantage à consulter l'autorité du canton concerné qui est compétente pour assurer l'exécution de même que l'autorité centrale.

1.2.4.12 Exécution de la décision et intérêt de l'enfant (art. 13)

A l'instar du retour en tant que tel, son exécution ne doit pas être opérée selon un mode qui traumatise l'enfant et constitue une menace pour sa santé psychique ou physique. En d'autres termes, l'intérêt de l'enfant doit être au centre des préoccupations de l'autorité chargée de l'exécution.

Le retour volontaire est le meilleur moyen de tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Aussi, l'autorité doit-elle s'employer à amener les parties à convenir à l'amiable du retour, épargnant ainsi à l'enfant l'exécution par des tiers.

1.2.4.13 Sursis à l'exécution (art. 14)

Si des circonstances extraordinaires imprévisibles se produisent, elles peuvent avoir pour effet d'obliger l'autorité à suspendre ou à différer l'exécution du retour. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'enfant ou une personne proche désignée pour

l'accompagner est atteint par la maladie. Font également partie de ces circonstances les événements graves qui se sont inopinément produits dans l'Etat du retour, tels que faits de guerre, catastrophes naturelles, voire maladie affectant les personnes qui ont été désignées pour accueillir l'enfant.

1.2.4.14 Modification (art. 15)

A l'instar de ce qui est généralement possible dans le domaine des mesures de protection des mineurs en général, la décision ordonnant le retour d'un enfant doit pouvoir être reconsidérée mais à des conditions très strictes: s'il est patent que la décision a été prononcée sur la base d'une constatation lacunaire des faits, les parties peuvent l'attaquer par la voie de la révision, conformément au droit de procédure applicable. Il se peut aussi que des faits nouveaux modifient la situation à ce point qu'il faille rendre une nouvelle décision (art. 15, al. 1). Cette reconsidération ne doit toutefois pas sortir des limites posées par la convention; en effet, à ce stade, les motifs qui pourraient s'opposer à un retour sont identiques à ceux qui valent dans toute autre procédure conduite en cas d'enlèvement international d'enfants. En général, une situation conduisant à une modification de la décision de retour ne se présente que si un certain laps de temps s'est écoulé entre le prononcé de la décision et l'exécution (non réussie ou demandée). Les faits nouveaux justifiant une modification de la décision peuvent être de plusieurs ordres: modification notable de la situation familiale de l'enfant, des conditions d'existence de l'un ou l'autre des parents, voire des deux, de la situation de la personne ou de l'institution qui a accepté d'accueillir l'enfant. Il peut également s'agir d'une nette dégradation de la situation dans l'Etat étranger dans lequel l'enfant devrait retourner. Nous pensons également au cas de figure dans lequel l'enfant a atteint dans l'intervalle un âge et une maturité tels qu'ils exigent que l'on respecte son avis et, en particulier, son refus de retourner dans l'Etat requérant. Devant de telles situations, il importe tout d'abord que le tribunal suspende l'exécution de la décision de retour initialement prononcée (art. 15, al. 2). La nouvelle procédure se déroule conformément aux dispositions ad hoc de la convention et de la loi. Si le tribunal ne parvient pas à la conclusion que les faits nouveaux invoqués ne sont pas suffisamment pertinents pour justifier le refus du retour, il confirme sa première décision tout en adaptant les mesures d'exécution à la nouvelle situation. En revanche, s'il décide de refuser définitivement le retour, non seulement il suspend l'exécution de celui-ci mais encore annule la décision de retour en tant que telle.

1.2.4.15 Frais (art. 16)

Cette disposition se réfère à l'article 26 de la CLaH 80 et à l'art. 5, al. 3 de la CE 80 qui disposent que l'activité de l'autorité centrale et des tribunaux est, en principe, sans frais pour les parties. A cela, il convient d'ajouter que, dans le cadre des procédures couvertes par la CLaH 80, les tribunaux suisses n'accordent pas la gratuité si l'Etat requérant a formulé une réserve quant à l'application de ce principe (art. 26, al. 2 en liaison avec l'art. 42 CLaH 80, règle de la réciprocité). L'art. 16 du projet de loi étend l'application du principe de la gratuité aux procédures de conciliation et de médiation, qui sont traitées sur le même pied que la procédure judiciaire. Il précise également – et c'est là une modification par rapport à la pratique adoptée par le

Tribunal fédéral – que les recours formés devant celui-ci font également partie de la procédure au sens de l’art. 26, al. 2, CLaH 80¹².

Telles que prévues, les améliorations de la procédure peuvent engendrer des coûts supplémentaires. Nous pensons notamment à ceux qu’occasionneront la mise en place du réseau d’experts (art. 4), la procédure de conciliation et de médiation (art. 5), l’octroi de contributions financières aux parties qui ont introduit une demande de retour pour leur permettre de se déplacer en Suisse pour y être entendues. Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain plusieurs fois supérieur que l’on obtient si l’on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un accord amiable. Non seulement, on épargnera ainsi de grandes souffrances à l’enfant, mais encore on évitera aux autorités étatiques et aux services sociaux ainsi qu’aux assurances les frais liés à l’exécution d’un retour forcé, frais qui peuvent perdurer même après le retour de l’enfant, si celui-ci doit subir des préjudices psychiques ou physiques dont la réparation sera inéluctablement à la charge des pouvoirs publics ou des assurances.

1.2.4.16 Modifications du droit en vigueur (art. 17)

L’art. 85, al. 1, LDIP fait référence à la CLaH 61. Cette référence doit être remplacée par un renvoi à la CLaH 96. Aux termes de l’art. 85, al. 2, LDIP, la CLaH 61 s’applique par analogie aux personnes qui sont majeures. Ce renvoi doit être revu à deux égards. D’abord, ainsi que nous l’avons déjà relevé, la CLaH 96 est destinée à remplacer la CLaH 61. Ensuite, la protection des adultes est aujourd’hui réglée dans une convention ad hoc, la CLaH 2000, de sorte qu’il n’est plus approprié de renvoyer, s’agissant de la protection des adultes, aux dispositions régissant la protection des enfants, en les déclarant applicables par analogie. Mieux vaut, dans le cas des adultes, faire directement référence à la CLaH 2000. En revanche, la CLaH 61 continue de s’appliquer dans le cadre des relations avec les Etats qui n’ont pas ratifié la CLaH96 (art. 51 de cette convention).

En vertu de l’art. 85, al. 3, LDIP, les autorités judiciaires ou administratives suisses sont, en outre, compétentes lorsque la protection d’une personne ou de ses biens l’exige. Cette réglementation sera maintenue à l’art. 85 LDIP, mais dans un al. 4. Elle permettra aux autorités suisses de continuer (conformément à ce que prévoit l’actuel art. 4 CLaH 61) de prendre à l’égard d’enfants et d’adultes domiciliés à l’étranger et ayant besoin de protection les mesures qui s’imposent, si les autorités de l’Etat dans lequel ils ont leur résidence habituelle négligent de le faire. Les bénéficiaires seront, au premier chef, des personnes qui résident dans un Etat non contractant et qui sont de nationalité suisse.

En ce qui concerne la compétence de prendre des mesures ainsi que la reconnaissance et l’exécution des mesures et décisions étrangères, les deux conventions sont

¹² Jusqu’à présent, le recours de droit public, considéré comme une voie de droit exceptionnelle était exclu du champ d’application de cette disposition; ATF 131 III 334 ss., 344. Cette pratique a cependant fait l’objet de critiques; cf. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002*, AJP 2002 p. 1325-1339 (1337); Beme. Bucher, SZIER 2002 p. 312 s., 2003 p. 419-421, 2005 p. 425, AJP 2002 p. 478 s., 2005 p. 115, 751;

applicables, pour l'essentiel, dans les Etats contractants. Il en résulte une lacune s'agissant de la reconnaissance de mesures et décisions prises dans un Etat non contractant, lacune que vise à combler le nouvel al. 3 de l'art. 85 LDIP.

2 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

2.1 Au niveau de la Confédération

En cas de ratification par la Suisse des conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes, l'autorité centrale de la Confédération devra assumer des tâches supplémentaires qui se traduiront par un surcroît de travail pour le service qui assume les fonctions de cette autorité. Par ailleurs, la mise en place du réseau d'experts et le suivi de ce réseau exigeront des ressources humaines supplémentaires. A la lumière de l'expérience acquise en matière d'enlèvements d'enfants et d'adoptions internationales par l'autorité centrale sise à l'Office fédéral de la justice, on peut estimer que les nouvelles tâches exigeront la création d'un poste supplémentaire à 100%.

2.2 Au niveau des cantons et des communes

Au niveau des cantons, on peut escompter un certain allègement de la charge de travail puisque la nouvelle législation proposée devrait leur faciliter le traitement individuel des cas.

