



Bundesamt für Justiz
Office fédéral de la justice
Ufficio federale di giustizia
Uffizi federal da la giustia

28 février 2001

Monsieur William DUNCAN
Secrétaire général adjoint
Bureau Permanent de la Conférence
de La Haye de Droit International Privé
2517 KT La Haye
PAYS-BAS

**Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye
du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'en-
fants et avis sur d'éventuelles recommandations**

Monsieur le Secrétaire général adjoint,
Madame, Monsieur,

Nous vous prions de bien vouloir trouver, ci-joint, sous forme de document ac-
compagné des annexes mentionnées les réponses de l'autorité centrale suisse au
questionnaire noté en marge, que nous vous avons envoyées à titre préliminaire
par courrier électronique la semaine dernière.

Par souci d'exactitude, nous précisons que le texte, ci-joint, a subi deux modifica-
tions d'ordre rédactionnel et quelques légères améliorations formelles. D'entente
avec la personne responsable auprès de votre Bureau, nous vous renvoyons éga-
lement le texte adapté et ses annexes par courrier électronique.

En vous remerciant de votre attention et en nous réjouissant de vous rencontrer
prochainement à La Haye, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Secrétaire gé-
néral adjoint, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Autorité centrale en matière d'enlèvement
international d'enfants

Nicolette Rusca-Clerc

Annexes ment.

Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et avis sur d'éventuelles recommandations

(1) Le rôle et le fonctionnement des Autorités centrales

Questions générales :

1. Oui: les principales difficultés rencontrées ont été les suivantes (art. 7):
 Pas de réponse ou après de très nombreuses redemandes
 Coopération extrêmement restreinte (boîte aux lettres)
 Non-information sur le droit applicable dans l'Etat requis et les possibilités d'assistance concrètes aux demandeurs, voire indication selon laquelle ces derniers doivent s'adresser à leurs représentants légaux pour tout renseignement
 Non-encadrement et soutien effectifs pour les demandeurs (sur place): nécessité de requérir l'aide des représentations diplomatiques
 Non-assistance pour le suivi de décisions de retour (renvoi aux avocats des parents)
 Difficultés, voire impossibilité d'assurer *l'assistance judiciaire gratuite* selon l'article 26, 3 ou que partiellement
 Envoi de correspondance et jugements en langue interne de certains Etats requis, sans traduction ou résumé, dans une des langues officielles de la convention
 Formalisme excessif - exigence de traductions complètes de jugements de divorce certifiées conformes (enregistrement!)
 Recherches en vue de localisation incertaines, voire non effectuées lorsqu'il s'agit d'exercice du droit de visite.

2. cf. réponse ci-dessus
 En outre, prise en charge de frais par l'Etat requérant, faute d'assistance judiciaire gratuite par l'Etat requis ainsi que des frais de voyage nécessités par la présence exigée - à plusieurs reprises parfois - par le tribunal de cet Etat.
 Organisation quasiment complète du retour de la part de l'Etat requérant. Organisation de droits de visite à travers le SSI, par intervention de l'Etat requérant avec information à l'Etat requis, faute de possibilités ou de disponibilité pour l'AC de cet Etat de s'occuper du cas¹.

Questions particulières:

3. L'AC CH tente par elle-même de favoriser la conclusion d'une solution amiable/remise volontaire (art. 7c), en prenant contact directement avec le parent défendeur. Cette pratique récente tend à éviter de longs délais, souvent exigés par les autorités tutélaires et services de protection de la jeunesse jadis systématiquement mandatés; en effet, très chargés et soucieux de procéder au

¹ A mentionner dans ce contexte l'assistance efficace qui a pu être fournie directement par des autorités internes (policières, sociales, voire de l'ordre judiciaire)

mieux, ils demandaient un délai d'au moins deux à trois mois pour l'établissement d'un rapport. L'AC CH continue de solliciter leur concours dans les cas où une solution amiable paraît possible et qu'une assistance complémentaire de spécialistes - sur place - s'impose. A noter que la police, lors d'interventions en vue de localisation d'enfants, œuvre également, suivant les circonstances, aux fins d'obtenir une solution amiable (remise volontaire). Le résultat positif de telles démarches est notamment sensible lors d'interception d'enfants enlevés dans les aéroports.

4. L'AC CH invite systématiquement l'avocat du demandeur à déposer une demande d'assistance judiciaire gratuite (art. 7g) auprès de l'autorité cantonale compétente, en général celle de décision. En Suisse, les autorités cantonales compétentes appliquent l'article 26,3 à satisfaction par rapport aux requêtes provenant d'Etats dits réservataires. Lorsqu'il est question d'Etats n'ayant pas recouru à la réserve, la gratuité est accordée automatiquement, soit sans tenir compte des conditions cantonales pour l'obtention de l'assistance judiciaire gratuite. Les délais ne sont pas prolongés par ces démarches en Suisse.

En tant qu'AC de l'Etat requérant, l'AC CH déplore le coût excessif des procédures et frais d'avocats encourus par ses demandeurs dans certains Etats. Elle constate en outre que la gratuité peut ne viser que la procédure initiale (première instance), le demandeur devant s'organiser lui-même pour des procédures additionnelles de recours. Par ailleurs, l'assistance judiciaire gratuite a été refusée à des demandeurs indigents, au bénéfice d'une rente complète de services sociaux cantonaux. Il est regrettable que la prise en considération du coût de la vie au lieu de résidence habituelle du parent demandeur et de l'enfant n'ait pas pu être retenue, dans l'esprit d'une application de la convention et d'une coopération favorable aux personnes particulièrement démunies.

Pour éviter que des délais soient par trop prolongés lorsqu'un Etat requis ne prend pas en charge l'assistance financière du requérant, l'AC CH a dû parfois organiser l'assistance judiciaire elle-même (soit aider le demandeur à transmettre une requête sur la base d'un accord international spécifique, voire "assurer" la couverture des frais de représentation à l'étranger par des services cantonaux, tels que ceux créés pour l'aide aux victimes d'infractions!). L'utilisation de l'article 26,4 consistant à mettre les frais à la charge du défendeur, cas échéant au pro rata de ses moyens financiers, puisqu'elle permet de rétablir un certain équilibre, devrait sans doute être retenue plus systématiquement, compte tenu également de sa fonction préventive².

5. Non: les parents sont représentés par des avocats.
6. L'AC CH informe les autorités tutélaires ou de protection des mineurs cantonales compétentes au lieu de résidence habituelle de l'enfant. Elle requiert une information sur le suivi social de leur part et s'assure que des mesures de protection, par exemple une curatelle d'assistance éducative ou pour l'exercice des droits de visite fonctionne. Suivant les circonstances (gravité du cas) et la demande, ces contacts sont intensifiés.

² L'AC CH se demande quel effet aurait une application plus rigoureuse de cette disposition par rapport aux sûretés d'ordre pécuniaire exigées dans certains Etats pour les parents qui ont enlevé leur enfant et souhaitent subséquemment exercer des droits de visite.

La réponse aux lettres a, b, c, d, e, f est oui.

7. L'AC CH propose au défendeur une solution amiable et tente d'en faciliter l'acceptation, si indiqué, en suggérant des moyens de promouvoir un exercice du droit de visite paisible (art. 7f et 21). Ainsi, elle établit notamment des engagements à l'intention des parents et leur propose de les communiquer aux instances compétentes locales, qui pourraient être saisies ultérieurement. Elle prend l'avis de son homologue concerné ou le renseigne. En réalité, ces engagements sont préparés tant pour des demandeurs en Suisse que pour ceux qui se trouvent à l'étranger. Lorsqu'il s'agit d'engagements qui doivent produire effet dans un autre Etat contractant, l'AC CH demande à son correspondant de porter à *toutes fins utiles* à la connaissance du tribunal ou de l'autorité compétente ce document.

La réponse aux lettres a et b est oui.

c L'AC CH n'introduit pas de procédures elle-même, mais peut en favoriser l'ouverture, en informant à titre préalable le tribunal compétent de la situation ou en fournissant à l'avocat une lettre d'introduction/explication qu'il pourra utiliser à l'occasion de sa demande.

La réponse aux lettres d et e est oui

8. L'AC CH a envoyé ses statistiques selon les formes prévues jusqu'en 1999. Elle prépare actuellement les statistiques 2000 selon les nouveaux formulaires reçus, qui requièrent une adaptation par rapport à son propre modèle d'enregistrement des données (délai prévu: - février 2001).
9. Oui
10. Oui

(2) Les procédures judiciaires y compris les recours et l'exécution des décisions et les questions d'interprétation

- 1 Chaque canton a son propre système d'organisation judiciaire et de procédure civile. Toutefois, dans la majorité d'entre eux, on compte deux instances (1^{ère} instance³ et 2^{ème} instance - d'appel⁴), auxquelles s'ajoute une voie de recours au Tribunal fédéral (Cour suprême fédérale). Sont en outre épuisables les voies de droit aménagées au stade de l'exécution, qui peuvent également emporter la saisine de diverses instances (variation selon les cantons).
- 2 Pour l'instant non. Dans le cadre de l'étude en cours relative à une unification de la procédure civile en Suisse, des solutions en vue de simplifier, voire accélérer le traitement des requêtes dépendant d'instruments internationaux tels que la convention relative à l'enlèvement d'enfants sont examinées⁵.
- 3 En Suisse, les cantons ont recours à des procédures dites *sommaires* pour le traitement des cas relevant de la convention. L'administration des preuves y est par principe restreinte, seuls les moyens de preuve pouvant être administrés sans retard étant admis. Cette procédure abrégée et rapide, limitant les moyens *d'attaque et de défense*, emporte pour le juge un pouvoir d'examen répondant au principe de la "*prima facie cognition*". Alors que la seule *vraisemblance* des preuves exigée par ce type de procédure peut valoir pour le demandeur, les exceptions au retour du défendeur tirées de l'article 13b en particulier sont soumises à un fardeau de la preuve *qualifié*. Le devoir "d'urgence" dépendant des articles 7 et 11 est en outre rappelé expressément aux avocats qui introduisent les requêtes auprès des tribunaux dans des recommandations de l'AC CH.
 - a. Le droit d'être entendu des parties est garanti, conformément aux exigences de la procédure mise en oeuvre. Alors que le défendeur peut comparaître personnellement, les tribunaux cantonaux statuent, en général, sur la base d'un mémoire écrit du défendeur résidant à l'étranger, qui sera représenté à l'audience par son avocat.
 - b. D'après les règles de la procédure sommaire, le juge peut prendre des renseignements hors de la présence des parties, ce qui est justifié lorsqu'il y a urgence et que la décision a un caractère provisoire (en l'espèce la décision n'affecte pas le fond des droits parentaux). Les parties conservent certes le "droit d'être entendu" sur les preuves recueillies par le juge lui-même.
 - c. En général, c'est l'avocat chargé du dossier qui suit le déroulement de la procédure. Toutefois, l'AC CH ne perd pas de vue l'affaire et peut être appelée "en renfort" lorsque la décision tarde. La récente création d'un

³ Une enquête auprès des cantons a permis d'établir un schéma des instances actuellement compétentes selon les cas de figure.

⁴ Certains cantons prévoient une possibilité de recours supplémentaire auprès de la Cour de cassation.

⁵ L'AC CH souhaiterait une réduction du nombre des instances ou, à tout le moins, le raccourcissement des délais. La concentration des décisions de retour et d'exécution auprès d'une seule instance offrirait sans doute aussi des avantages.

organe de coordination dans chaque canton devrait faciliter le règlement des cas notamment lorsque les délais se prolongent; cet organe a la possibilité de *sensibiliser* directement l'instance judiciaire compétente.

- d. Déjà mentionnées sous ch. 2. 1, des voies de recours sont ouvertes sur le plan cantonal et le plan fédéral contre des décisions de retour ou de non-retour, voire d'exécution de celles de retour. Les délais varient d'un canton à l'autre, comme également du niveau cantonal au niveau fédéral. A ce stade, une décision de dernière instance cantonale peut faire l'objet d'un recours de droit public dans les 30 jours. Les motifs de recours sont principalement la violation des droits constitutionnels, en particulier l'interdiction de l'arbitraire et le droit d'être entendu, voire l'application incorrecte des dispositions conventionnelles.
4. L'enfant d'âge suffisamment mûr (environ 11/12 ans) est entendu soit par le juge, soit sur délégation par une personne spécialisée (assistant social, psychologue, pédopsychiatre). Les nouvelles dispositions relatives au droit du divorce entrées en vigueur en Suisse le premier janvier 2000 ont renforcé le principe de l'audition du mineur ancré dans la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Toutefois, comme les décisions rendues dans le cadre de la convention n'affectent pas le fond du droit de garde, le droit de l'enfant d'être entendu, tout en étant respecté, devrait être considéré à la lumière de la faculté réservée au juge de l'Etat de résidence habituelle de régler les droits personnels, voire de les adapter après audition de l'enfant. La question qui demeure ouverte est celle de savoir si l'exécution d'une décision de retour peut être "tenue en échec" par le seul refus de l'enfant, notamment lorsqu'aucune plainte pénale pour atteinte à sa personne n'est pendante et qu'il s'agit d'enfants relativement jeunes (moins de huit ans) ayant été privés de contacts avec le demandeur durant une longue période⁶. L'AC CH jugerait utile que les expériences des AC à ce sujet soient échangées.

Concernant les droits de visite, l'opposition d'enfants âgés de moins de 12 ans, soumis à une assistance psychologique en vue du rétablissement des contacts avec le parent demandeur, a été retenue suite à leur volonté manifestée de façon réitérée de ne plus vouloir le rencontrer. Une récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à une affaire en CH admet cependant le principe de l'exécution forcée de droits de visite, rejetant la pré-

⁶ Face à de telles situations, l'AC CH s'est interrogée sur les chances d'un rétablissement des contacts personnels entre l'enfant et le parent demandeur et les solutions pour y parvenir. Consciente que les parties ne sauraient être privées de leurs moyens de procédure et qu'elles peuvent partant prolonger le combat juridique jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme, l'AC CH est d'avis qu'une double approche des cas de rigueur pourrait faciliter leur règlement et ce dans l'intérêt bien compris de l'enfant. Aussi recommande-t-elle une médiation familiale internationale, indépendamment du contenu des décisions judiciaires, dans la mesure où, quel qu'il soit, l'enfant aura d'une manière ou d'une autre à souffrir des conséquences du long conflit entre ses parents. Le rétablissement des relations personnelles avec le parent demandeur, s'il doit avoir lieu, sera d'autant plus difficile pour l'enfant qui s'est opposé précédemment à une décision de retour. Dès lors, le suivi d'une telle décision devrait être ancré dans une démarche globale de médiation familiale, où toutes les personnes concernées seraient aidées.

tendue violation de l'art. 8CEDH invoquée par le requérant⁷.

5. L'invocation de l'article 13, comme celle plus rare de l'article 20, a pour conséquence logique de prolonger la procédure puisque le juge devra examiner les preuves qui l'entourent. Concernant l'article 13, en particulier b, la jurisprudence CH a retenu le principe d'un fardeau de la preuve qualifié pour le défendeur, si ce n'est en première instance, du moins en appel. La proximité du tribunal de première instance peut, cas échéant, constituer un avantage pour le défendeur, mieux placé pour faire valoir ses arguments et les étayer que le demandeur à l'étranger. C'est une des raisons, peut-être, pour lesquelles certains tribunaux souhaitent expressément la présence du demandeur à l'audience. Cette *invitation*⁸ se heurte néanmoins souvent à des questions pratiques, financières ou psychologiques. Pour l'AC CH, le suivi de l'affaire est spécialement complexe lorsque la représentation du parent demandeur n'est pas vraiment garantie dans l'Etat requis et que ce parent n'est pas en mesure de mandater lui-même un avocat, voire est incapable d'assurer personnellement une quelconque défense.

Face aux inégalités pouvant exister par rapport au défendeur, *qui se trouve dans son environnement*, la position du demandeur justifie une attitude engagée de l'autorité centrale de l'Etat requis. Si un tel soutien n'est pas accordé, la question se pose de savoir jusqu'où l'AC de l'Etat requérant peut et doit intervenir⁹. Un échange de vues entre les AC à ce sujet paraîtrait indiqué.

En l'absence de compétence pour influencer le déroulement des procédures dans les cantons, l'AC CH a établi des recommandations qu'elle fournit lors de la transmission des requêtes aux avocats. Par ailleurs, elle s'adresse quelquefois, dans des *cas de rigueur*, directement aux instances judiciaires cantonales, en dépit de sa fonction d'autorité fédérale de type administratif. Les organes cantonaux de coordination devraient désormais intervenir à sa place.

6. L'exécution des décisions ressortit par principe aux cantons, qui en ont réglé les modalités dans leurs législations. A l'exception d'un cas de rigueur, où le retour de l'enfant n'a pu avoir lieu en raison d'une procédure pénale ouverte à ce stade par les autorités cantonales compétentes, l'exécution des décisions rendues au cours des dernières années s'est effectuée normalement. Dans quelques cas, l'assistance de l'AC CH a été expressément sollicitée par les cantons pour la mise en oeuvre pratique du retour. Les organes cantonaux permettront également de résoudre des difficultés qui surviendraient dans le futur à ce stade, en particulier s'il y a pluralité d'autorités

⁷ L'arrêt en question (n°27355) souligne également que le juge de l'exécution forcée n'est pas compétent pour statuer sur le bien de l'enfant à long terme et qu'il doit se borner principalement à vérifier sa compétence ainsi que l'existence d'un jugement exécutoire.

⁸ Nonobstant le caractère compréhensible de ce souhait, l'AC CH estime que la comparution personnelle ne doit pas devenir une obligation pour le demandeur, souvent dans l'impossibilité d'y donner suite. En imposant un tel devoir ou en "pénalisant" l'absence du demandeur, certains tribunaux sembleraient ne pas tenir compte du fait que les procédures de retour ne constituent pas le cadre juridique pour l'attribution des droits de garde et de visite, mais uniquement un "relais" pour leur protection.

⁹ Par exemple saisine d'Interpol pour la localisation ou contacts directs avec les instances locales?

concernées¹⁰ (coordination).

7. Donneriez-vous soutien aux recommandations suivantes:
 - a. oui (compte tenu des diverses procédures civiles cantonales, pour l'heure non unifiées, il s'agit d'un vœu propre à l'AC CH)
 - b. oui
 - c. oui (toujours sous réserve de la souveraineté des cantons dans ce domaine)
 - d. oui
 - e. oui
 - f. oui
 - g. oui

8. Aucune nouvelle interprétation relevante sur le plan international dans la jurisprudence CH par rapport à la convention.

(3) Les questions relatives au retour rapide et sûr de l'enfant (et, le cas échéant, du parent investi du droit de garde)

1. L'AC CH signale régulièrement aux avocats en charge des requêtes, voire aux tribunaux eux-mêmes, s'ils s'adressent à elle, les avantages des engagements et leur fournit à cet effet les informations requises. L'attitude des juges et autorités suisses peut être qualifiée d'ouverte et positive à l'égard des modalités de nature à faciliter une décision de retour.
 Les engagements sont plutôt envisagés avant la prise de la décision de retour ou de protection des droits de visite, mais peuvent l'être à tout moment, par exemple pour rendre l'exécution plus aisée.
 L'AC CH propose pour sa part elle-même des engagements en vue de favoriser la résolution des affaires, qu'il s'agisse d'une recherche de solution amiable par ses soins ou d'une procédure déjà en cours devant une autorité judiciaire ou tutélaire (cf. annexes - modèles d'engagement).

2. Oui, notamment les autorités tutélaires qui exercent en Suisse également certaines fonctions judiciaires, voire les Justices de paix agissant sur proposition de l'AC CH (cf. annexes susmentionnées).
 Les deux voies sont ouvertes; selon l'AC CH, la seconde, soit un engagement sur demande du tribunal devrait être développée dans l'intérêt des enfants, lorsque les parties s'enlisent dans un conflit ou mènent une guerre juridique et psychologique d'usure. L'AC CH soutiendrait même le principe d'une *injonction par le juge* tendant à ce que ces parents s'accordent sous forme d'engagement dans l'intérêt supérieur de leurs enfants. En CH, la législation fixe non seulement un devoir d'ordre, certes avant tout moral, pour les parents d'agir dans l'intérêt de l'enfant, en particulier de ne pas perturber ses relations avec l'autre parent, mais prévoit aussi que l'autorité cantonale compétente peut rappeler les pères et mères à leurs devoirs, voire prendre des mesures plus sévères (curatelle/placement de l'enfant) s'ils n'obtempèrent pas. Ces mesures protectrices de l'enfant pouvant conduire à une modification du fond des droits parentaux, trouvent évidemment une limitation dans le cadre de l'application de la

¹⁰ Pluralité d'autorités (décisionnelle, d'exécution, autorité tutélaire - service de protection de la jeunesse, police) voire de procédures (civile et pénale)

convention. Cependant, l'injonction du juge, qui constate que les parties à une procédure internationale d'enlèvement ou de protection des droits de visite s'écartent par trop de ce devoir *généralement reconnu* paraîtrait admissible en regard de l'article 7c de la convention, dont la mise en œuvre n'est pas restreinte à la phase précédant la procédure judiciaire.

Pour qu'une telle injonction du juge de l'Etat requis déploie pleinement ses effets - positifs -, la coopération du juge - du fond - compétent dans l'Etat requérant serait particulièrement utile, puisqu'elle démontrerait la volonté première des Etats contractants de promouvoir *de concert* une solution favorable à l'enfant. Face aux conséquences néfastes de l'enlèvement ou de la violation des contacts personnels, l'injonction judiciaire aurait valeur de *garde-fou*, quand les parents se montrent incapables de surmonter leur conflit au détriment *flagrant* de leur enfant.

3. La question de la délivrance de "sauf-conduit" s'est posée, entre autres, par rapport à l'exercice des droits de visite dans deux affaires. Dans un cas, les autorités cantonales compétentes l'ont accordé, alors que dans l'autre un tel laisser-passer a été refusé en raison d'une plainte pénale pour non-paiement des aliments pendant contre le parent visiteur¹¹.

La plainte pénale pour enlèvement de mineurs étant susceptible d'être retirée, le parent ravisseur qui voudrait revenir en Suisse avec l'enfant devrait pouvoir obtenir son retrait, dans la mesure où il s'engage effectivement à ramener l'enfant. En procédant à une *pesée des intérêts en présence*, soit ceux de l'enfant à entretenir des contacts personnels avec ses deux parents et ceux de la société ou du parent plaignant à obtenir réparation par le biais d'une sanction contre le ravisseur, l'AC CH accorde plus d'importance aux premiers, la procédure conventionnelle, qui n'affecte pas les contacts personnels, permettant en soi déjà de "sanctionner" le ravisseur, en mettant à sa charge les frais (cf. ci-dessus ch. 1, 4).

Les autorités CH ont également déjà levé des "interdictions d'entrée" faisant suite à des enlèvements, dans le cadre notamment de requêtes tendant au rétablissement des contacts personnels. A noter dans ce contexte que les Etats contractants devraient faciliter à tout le moins les contacts téléphoniques, voire aider à les aménager lorsque des obstacles majeurs empêchent les visites d'un parent et que ces contacts sont indiqués pour le développement de l'enfant.

D'une manière générale, les autorités judiciaires suisses paraissent enclines à accepter diverses modalités de nature à mieux protéger les enfants dans leurs relations personnelles avec leurs deux parents, sous réserve de dispositions législatives contraignantes. En l'absence de règles spécifiques à ce sujet dans une législation fédérale, l'AC CH est consciente que c'est à elle qu'il revient de développer en pratique ces nouvelles méthodes et en particulier d'encourager dans ce sens les parents, leurs avocats et les autorités cantonales compétentes.

4. La CH n'a pas encore ratifié la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs*. Cependant, les principes établis aux articles 7, 23 et

¹¹ Le juge d'instruction examine si les conditions du sauf-conduit sont remplies en application du code cantonal de procédure pénale. La violation du devoir d'entretien (non paiement des aliments) peut être invoquée directement par l'autorité compétente du domicile de l'enfant.

34 sont certainement déjà reconnus pour l'essentiel, notamment par l'AC CH qui, lors du traitement d'affaires d'enlèvement ou de protection des droits de visite, s'appuie, si nécessaire, à titre complémentaire sur les règles établies dans la *Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs*. Ainsi, encourage-t-elle la coopération judiciaire notamment lorsqu'un échange de vues ou d'informations entre les tribunaux des Etats concernés permettrait d'améliorer la situation de l'enfant et de protéger efficacement son droit à des relations personnelles avec ses parents. Dans certaines affaires, une concertation de ces instances, soit directe, soit par le biais des AC, a eu lieu, mettant en évidence les avantages d'une décision "préparée en commun", applicable de part et d'autre.

Par rapport à des Etats contractants parties également à la Convention de La Haye de 1961, l'AC CH a partagé avec ses homologues le souci de constater que des affaires demeuraient non résolues par manque de coopération entre les tribunaux. Si certains juges ont une attitude souple, d'autres ne semblent pas encore disposés à "dépasser leur cadre juridictionnel" dans l'optique d'une harmonisation juridique internationale. A l'occasion des travaux d'examen en vue d'une ratification de la Convention de 1996, il conviendra d'examiner très soigneusement le meilleur moyen de faciliter ces contacts (entremise des autorités centrales, de juges nationaux déterminés?) et d'assortir le système choisi d'une information interne suffisante.

5. Oui. Dans certains cas, dont un de rigueur en cours, le parent qui avait à l'origine dû rendre l'enfant après enlèvement n'a pas pu rétablir des contacts personnels satisfaisants durant une longue période et finalement qu'en versant des sommes d'argent très élevées; les visites ne pouvaient s'exercer en outre que sous surveillance étroite, avec interdiction de toute forme de manifestation d'affection. Ce parent n'a pas non plus réussi à obtenir un examen de la santé psychologique de l'enfant, considérée comme sérieusement altérée par la séparation et les modalités de rencontre subséquentes fixées par les autorités compétentes. Une demande d'amnistie générale et diverses pétitions ont été déposées par ce parent, à l'appui desquelles les principes du suivi tirés de l'article 7h de la convention étaient invoqués. L'AC de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant a dû décliner son concours, faute de pouvoir exercer une influence. L'exemple de cette affaire comme d'autres au préalable semble démontrer combien il est difficile dans certains Etats contractants d'appliquer les résolutions relatives au suivi. La position des autorités centrales et surtout les possibilités dont elles disposent devraient être rediscutées et leurs intentions, cas échéant, confirmées (résolution).
6. Pour le demandeur suisse ou résidant en Suisse qui doit se rendre à l'étranger, il est renvoyé à la réponse ci-dessus. S'agissant d'un parent qui doit se rendre en Suisse alors que des poursuites pénales sont pendantes contre lui, il est renvoyé à la réponse sous ch.3.
7. Oui: paradoxalement dans une affaire où l'Etat requis n'était pas partie à la Convention de La Haye de 1961, les tribunaux se sont concertés par l'entremise initialement des AC, puis directement, de manière à permettre le retour de l'enfant en CH. Le juge requis a souhaité obtenir du tribunal de la résidence habituelle des informations précises concernant le bien-être de l'enfant après

son retour. Aucune garantie "procédurale" n'a été prévue, mais une forme d'engagement "moral" ou d'assurance de la part des autorités de l'Etat requérant a été souhaitée par les autorités de l'Etat requis. Nonobstant le caractère inhabituel de cette démarche, les autorités de la résidence habituelle de l'enfant ont coopéré dans l'intérêt premier de l'enfant. Dans une autre affaire récente, le rapatriement d'un enfant malade auprès d'une institution en Suisse aurait été facilité par des échanges directs entre les autorités judiciaires ou tutélaires compétentes. Toutefois, pour des raisons notamment pratiques, c'est le Consulat suisse qui a suivi cette affaire, de pair avec l'AC CH. La question qui demeurait impérieuse pour les autorités cantonales de la résidence habituelle de l'enfant était celle de savoir si les autorités de l'Etat requis accepteraient de prolonger la mesure de protection prévue pour l'enfant ou pourraient en établir une autre poursuivant les mêmes fins. L'Etat requis n'étant pas partie à la Convention de La Haye de 1961, il convenait de procéder avec le concours de la représentation diplomatique suisse, la Convention de 1980 ne prévoyant pas de concertation directe entre les tribunaux et les possibilités d'intervention de l'autorité centrale de l'Etat requis ne permettant pas de "coordonner" cet aspect du problème.

8. Non: comme précédemment exposé, le système fédératif suisse laisse une place prépondérante à la juridiction des cantons et une grande autonomie décisionnelle, contenue certes dans les limites de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme. L'AC CH projette de renforcer la coopération judiciaire interne, avec l'appui des organes cantonaux de coordination et de faciliter, cas échéant, la désignation de représentants de l'ordre judiciaire pour les questions d'enlèvement.
9. L'AC CH participe, si elle y est sollicitée, à la recherche d'un avocat (listes d'avocats disponibles dans les cantons). Elle peut adresser des recommandations et observations au défenseur mandaté, qu'il lui sera loisible de transmettre au tribunal. Si besoin est, elle est en mesure de prendre contact avec le service de protection de la jeunesse ou l'autorité tutélaire du canton concerné. L'intervention en cas de nécessité de l'organe cantonal de coordination, sur requête de l'AC CH, pourra également être envisagée à l'avenir. L'AC CH entend les consulter prochainement afin d'établir une liste des services cantonaux susceptibles d'apporter une assistance psychologique et sociale, cas échéant juridique, aux parents.
10. Une demande en modification des droits de garde ou de visite peut être introduite et devrait rencontrer l'agrément de la juridiction saisie dans la mesure où elle correspond à l'intérêt actuel de l'enfant.
11. La réponse aux lettres a, b, c, d, e et f est oui.

(4) Les procédures garantissant un droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière entre parent et enfant¹²

1. Il n'existe pas de législation spécifique, les dispositions directement applicables des conventions internationales constituant le substrat nécessaire à la mise en œuvre de ces contacts. Le parent étranger peut s'adresser à l'AC CH, qui lui indiquera quels instance et organisme de soutien peuvent être respectivement saisis ou consultés dans le canton concerné, voire l'aidera à trouver un avocat. La Fondation suisse du Service social international à Genève œuvre également au niveau de l'information et de l'assistance individuelle.
2. Les tribunaux peuvent fonder leur compétence sur les dispositions du code civil suisse se rapportant aux contacts personnels entre parents et enfants, en relation avec la loi fédérale de droit international privé; cette dernière réserve les conventions internationales ratifiées par la Suisse, notamment dans ces matières la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs et les Conventions de Luxembourg et de La Haye de 1980. Le droit cantonal relatif à la procédure civile est en outre applicable de pair avec les lois cantonales d'introduction du code civil suisse.
3. Les règles générales relatives à l'exequatur prévues dans la loi fédérale de droit international privé, concrétisées par le biais des codes cantonaux de procédure civile, sont applicables. Les conventions internationales ratifiées par la CH qui règlent la reconnaissance et l'exécution de décisions de nature civile, en particulier la Convention européenne du 20 mai 1980 relative à la garde des enfants, sont réservées. L'article 21 de la convention sous-entend toutefois, selon l'AC CH, une reconnaissance implicite de l'ordonnance étrangère, dont seules les modalités seront adaptées si l'intérêt manifeste de l'enfant l'exige.
4. Le traitement par voie de procédure sommaire est retenu (cf. réponse sous ch. 2, 2). Les dispositions du code civil suisse prévoyant la compétence des autorités tutélaires du domicile de l'enfant, voire de son lieu de séjour, pour prendre les mesures nécessaires concernant les relations personnelles permettent *en soi* d'obtenir *rapidement* l'organisation de l'exercice de ces droits. Le juge demeure compétent pour régler les relations personnelles lors de l'attribution et la modification de l'autorité parentale ou de la garde.
5. C'est en application directe des conventions internationales, qui constituent la toile de fond protectrice pour l'exercice des droits personnels entre les enfants et leurs parents, que l'AC CH encourage systématiquement la conclusion d'accords ou d'arrangements. Les tribunaux et les autorités tutélaires soutiennent également de telles solutions amiables, qui répondent - durablement - à l'intérêt premier des enfants.
6. Cette présomption découle des règles générales établies dans le code civil suisse, qui statue notamment que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit

¹² L'AC se permet de renvoyer également à sa réponse contenue dans le document préparé par la Direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe du 6 septembre 1999 "LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS EN EUROPE"

d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273, al. 1^{er}). La position du parent non gardien a du reste été renforcée dans le cadre de la révision du code civil suisse entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 (cf. p.m. en annexe le document établi à l'intention des autorités centrales).

7. Selon l'AC CH, la principale condition tient certes à l'intérêt-même de l'enfant, soit si il est approprié ou non de prévoir de tels droits de visite. La réponse sera généralement positive et l'autorité compétente devra se borner à assortir ce droit de certaines cautions, comme par exemple le dépôt des documents d'identité, la fixation du droit de visite sous surveillance, en présence d'un tiers, dans un endroit protégé et de manière limitée dans le temps. Le droit de visite devrait être accordé sous conditions (présence d'un tiers) non seulement lorsque des menaces d'enlèvement pourraient l'entourer, mais également lorsqu'il est fortement supposé que l'enfant sera victime d'un chantage de la part du demandeur ou qu'il devra supporter la critique de son autre parent par ce dernier. C'est donc en fonction du *caractère raisonnable du parent visiteur* qu'il conviendra de permettre l'exercice de ces droits, en les assortissant cas échéant de toute mesure complémentaire protectrice utile (cf. ci-dessus). Le code civil suisse prévoit, cas échéant, l'institution d'une curatelle pour la surveillance des relations personnelles permettant de limiter l'autorité parentale en conséquence.

Questions 8, 9 et 10: cf. réponses précédentes

11. L'exécution des décisions est du ressort des cantons (lois cantonales correspondantes prévoyant divers organes d'exécution et normalement l'assistance de services tutélaires voire de la police - formée à cet effet). Ils peuvent requérir le concours de l'AC CH (recommandations, assistance pratique).
12. Oui: Etablir également des modèles pour les instances d'application.
Envisager la mise en place d'écoles ou de cours pour parents divorcés, à l'instar du système chinois! Promouvoir la médiation internationale.

(5) Assurer le respect par les Etats des obligations posées dans la Convention

1. L'AC CH a rencontré des difficultés sérieuses avec des Etats ayant adhéré à la convention "spontanément", avant d'avoir mis en place une structure interne d'accueil, ni désigné d'AC. Dans d'autres Etats ayant prévu la mise en œuvre, certaines affaires se sont heurtées à des problèmes entravant le bon fonctionnement de la convention, tenant soit à un manque de disponibilité et moyens d'assistance, soit aux circonstances particulières des cas de figure, notamment la position (privilégiée) du défendeur dans l'Etat requis.
2. L'AC CH s'assure que certaines "conditions de base" sont remplies, soit en s'adressant directement aux autorités centrales désignées, soit en requérant le concours des représentations diplomatiques suisses dans ces Etats (cf. annexe p. m.)

3. Oui (cf. ci-dessus) La désignation d'une AC et la garantie que l'Etat en question dispose des bases internes suffisantes pour l'application de la convention, y compris la coopération.
4. Sur le principe oui, mais dans les faits, non, en raison de la charge de travail et des ressources en personnel limitées. L'idée de réunir cas échéant des *commissions ad hoc* paraît très intéressante.
5. Les nouveaux Etats ont la possibilité de se renseigner auprès d'Etats contractants déjà "aguerris" pour obtenir des recommandations ou suggestions utiles. Un encouragement dans ce sens pourrait être indiqué; l'AC CH fournit quant à elle les indications sur son système de mise en œuvre lors de ses échanges de vues relatifs à l'acceptation d'adhésions. Par ailleurs, elle tente de faciliter le traitement des premières requêtes qu'elle adresse à de nouveaux Etats, en les formulant avec précision, voire en demandant au parent intéressé *d'apporter des documents traduits dans la langue interne de l'Etat requis* pour qu'ils puissent être acheminés directement aux tribunaux ou repris par l'autorité centrale saisie. Normalement, si la mise en œuvre de la convention est prévue soigneusement avant l'adhésion par de nouveaux Etats, il n'y a pas d'obstacle majeur à son fonctionnement.

(6) Généralités et matières diverses

1. l'AC CH sait gré au Bureau Permanent de sa constante attention au bon fonctionnement de la Convention et de sa disponibilité. L'application dans les Etats contractants pourrait être facilitée par la remise aux AC, à l'intention de leurs autorités internes, de brochures ou autres documents contenant les recommandations de la Conférence et des extraits jurisprudentiels particulièrement relevant. Grâce à leur caractère officiel (ces brochures pourraient être remises également aux représentations diplomatiques des Etats contractants aux Pays-Bas), ces "recommandations" auraient sans doute un effet plus performant que s'il s'agit d'une simple information interne des AC.
2. Le Bureau Permanent pourrait (ou devrait continuer), à la demande de l'AC d'un Etat requérant en difficulté (cas de rigueur), lui fournir des conseils, notamment sur la base de sa connaissance d'affaires analogues s'étant présentées dans d'autres Etats contractants. L'AC CH estime important que les Etats contractants soutiennent dans sa tâche le Bureau Permanent, en particulier par rapport à INCADAT.
3. L'AC CH établit des statistiques officielles dans les formes proposées depuis douze ans. Les derniers formulaires prévus impliquent une adaptation par rapport au système d'enregistrement interne des données causant quelques complications. Elle soutient l'envoi régulier de telles statistiques selon des formulaires standards si possible *simples et fixes* et ne s'oppose pas à leur publication. Elle apprécie l'aide proposée par le Bureau Permanent pour leur établissement définitif.
4. Certainement favorable à un tel encouragement, l'AC CH note cependant que les instances judiciaires comme tutélaires pourraient manquer de temps dispo-

nible pour de telles rencontres, si importantes soient elles. Alors que pour la Convention de 1980 elle se propose de maintenir des contacts étroits avec les autorités internes, par le biais notamment des organes cantonaux de coordination, l'AC CH est consciente qu'un *développement de la coopération judiciaire*, tel que préconisé dans la Convention de 1996, impliquera des réunions à caractère international, à l'instar de celles qui ont eu lieu avec succès sous les auspices de la Conférence, en 1998.

5. L'adhésion éventuelle d'Etats de tradition islamique demeure un point important à considérer pour l'AC CH, qui est souvent consultée par des parents déplorant un enlèvement ou la rupture de tout contact avec leur enfant dans ces Etats.
L'arrivée prochaine (?) du Maroc au sein des Etats parties devrait permettre de tirer certainement des enseignements, notamment en vue de favoriser l'adhésion d'autres Etats musulmans.
6. Pas d'arrangements bilatéraux conclus.
7. La question d'une demande "d'établissement dans un autre pays" n'est pas encore développée en CH. Par contre, l'AC CH a constaté que les tribunaux prenaient plus régulièrement en considération la possibilité pour un parent de déménager dans un autre Etat. Sous cet angle, des décisions contenant des clauses d'engagement (formes de promesse) de la part du parent gardien de ne pas quitter la Suisse dans l'intérêt de l'enfant ont été rendues. Cependant, un affaire récente a démontré que de telles clauses n'ont un effet contraignant et ne peuvent être invoquées à l'appui d'un enlèvement que si le libellé équivaut à une véritable interdiction de "non-déplacement"¹³. Afin de favoriser la prise en considération des aspects transfrontières, même potentiels, du droit de visite dans des jugements de divorce, l'AC a prévu d'établir un nouvel aide-mémoire, qu'elle diffusera et remettra à l'appui de ses recommandations usuelles à ce sujet. Elle saisira cette occasion pour aborder le thème des demandes d'établissement dans un autre pays (relocation) précédemment évoquée.

Annexes mentionnées

¹³ A plusieurs reprises, récemment, il s'est agi d'affaires concernant des parents de même nationalité étrangère ou de ressortissants de deux Etats contractants étrangers différents ayant leur résidence habituelle en Suisse. Bien qu'ayant manifesté leur intention auprès du tribunal d'y demeurer, ces parents après que le droit de garde leur ait été attribué ont soudainement quitté la Suisse avec les enfants.

Undertaking

Whereas the right to custody over (the child) lies with her mother Mrs. (....) I and the undersigned is entitled to access to the child pursuant to the Order of the Court of (...) dated (...),

Whereas the conduct of the parties should always be governed by what is in the best interests of the child, a condition which would not be respected in the event that (this child) is abruptly separated from her mother;

I,

(Father) (address)

undertake that I will not in any manner directly or indirectly prevent or avoid or have prevented or avoided,
(the child)

from returning to her mother, Mrs (....) at the end of my enjoyment of rights of access in (contracting State....), taking place from (..... to).

I am aware that the above child (....) shall return to her mother on (... at the latest) and I undertake to make best efforts to ensure her return on this date at the latest.

This undertaking is made for the purpose of facilitating the enjoyment by the undersigned of his right of access in (... Month/ Year) only. It shall not prejudice in any manner any pending or future proceedings whatsoever aimed at modifying any rights of custody over, or access to (the child ...).

I am aware that the (Central Authority of the requesting State) and the Swiss Central Authority in Matters of International Child Abduction will forward a copy of this duly executed document to Mrs Rita FASEL.

Made on: at:

.....
(Father)

Aperçu des modifications du droit suisse du divorce en ce qui concerne l'autorité parentale et les relations personnelles parent-enfant

1. Introduction

Le nouveau droit du divorce, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, comporte de nombreuses innovations tant au niveau du fond qu'au niveau de la procédure. Il a en outre pour but de renforcer la protection des droits de l'enfant et la responsabilité des parents non mariés.

Les modifications matérielles y relatives les plus importantes ont notamment pour objet la possibilité pour les parents non mariés ou divorcés d'exercer une autorité parentale conjointe, le droit d'être informé, renseigné et entendu du parent non détenteur de la garde et la représentation de l'enfant dans une procédure de divorce ou en modification d'un jugement de divorce¹.

Des changements quant aux compétences des juges et aux obligations d'entretien ont également été apportés par le nouveau droit du divorce. Il n'en sera toutefois pas fait mention ici en détail.

2. Sort des enfants

2.1 Autorité parentale

a) Droits et devoirs des père et mère

L'article 133 du Code civil suisse (ci-après CCS)² reprend largement le contenu de l'ancien droit (i.e. droit en vigueur avant le 1^{er} janvier 2000). Conformément à l'article 133, 1^{er} alinéa CCS, le juge attribue, dans le jugement de divorce, l'autorité parentale à l'un des parents et règle les relations personnelles avec le parent qui perd l'autorité parentale. Le juge qui décide du sort de l'enfant jouit d'un large pouvoir d'appréciation, établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.³

L'alinéa 2 du même article prévoit que, lors de l'attribution de l'autorité parentale, le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant. La loi consacre ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral (Cour suprême) selon laquelle c'est l'intérêt de l'enfant qui est déterminant pour l'attribution et non celui des père et mère.⁴ A cet effet, le juge devra également examiner sous l'angle de l'intérêt de

¹ Dieter Freiburghaus in Revue suisse de Jurisprudence 4/1999, p. 133 ss, "Auswirkung der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die Vormundschaftlichen Organe"

² texte légal sur internet: <http://www.bk.admin.ch/ch/fr/rs/2/210.fr.pdf>; Art. 111ss CCS

³ J. Micheli / Ph. Nordmann / C. Jaccottet Tissot / J. Crettaz, Th. Thonney, E. Riva, Le nouveau droit du divorce, Ed. Pépinet, 1999, Lausanne, n° 287 ss, p. 62

⁴ Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du Code civil suisse du 15 novembre 1995, Feuille fédérale (ci-après FF) 1996 I 127

l'enfant lequel des deux parents est le plus à même d'entretenir un contact (*de l'enfant*) avec l'autre parent.⁵

b) L'autorité parentale conjointe après le divorce

Sans toutefois l'ériger en principe, l'article 133, 3^e alinéa CCS introduit dans le système juridique suisse la possibilité de maintenir l'autorité parentale conjointe après le divorce des époux. Celle-ci est soumise à trois conditions cumulatives bien précises, à savoir:

- 1) une requête conjointe des parents
- 2) l'autorité parentale conjointe doit être compatible avec le bien-être de l'enfant
- 3) les parents doivent soumettre au juge pour ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci.

Compte tenu de ces conditions, l'autorité parentale conjointe n'entre généralement pas en ligne de compte dans un divorce contentieux.

La loi suisse laisse un large pouvoir d'appréciation au juge en ce qui concerne le bien de l'enfant. Pour examiner cette question, le juge du divorce devra recueillir d'une part des informations auprès des parents lors de leur audition prévue par les articles 111 et 144 CCS. Il devra ensuite s'enquérir de l'avis de l'enfant (art. 133, 2^{ème} al. i.f. CCS) qui sera entendu par le juge ou un tiers, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à cette audition (art. 144, 2^{ème} al. CCS: voir ci-après 3.1 Audition de l'enfant).⁶ Au besoin, le juge fait appel à des experts.

La garde "alternée" qui consiste pour l'enfant à habiter pendant quelques jours alternativement chez sa mère et son père n'est pas réglée expressément. L'admissibilité d'accords y relatifs doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend donc essentiellement des circonstances du cas particulier (âge de l'enfant, distance entre les logements des parents, etc.).⁷

A noter que depuis le 1^{er} janvier 2000, les parents non mariés peuvent également requérir aux mêmes conditions l'autorité parentale conjointe conformément à l'article 298a CCS. En principe, lorsque les parents ne sont pas mariés, l'autorité parentale appartient à la mère (art. 298 CCS)

c) L'autorité parentale non conjointe après le divorce

Lorsque les conditions de l'autorité parentale conjointe ne sont pas remplies, le juge attribue, comme dans l'ancien droit, l'autorité parentale à l'un des parents (art. 133, 1^{er} al. CCS; voir ég. ci-dessus 2.1.a).

⁵ FF 1996 I 128

⁶ J. Micheli et al., op. cit., n° 264 ss, p. 58

⁷ FF 1996 I 132 et 133

Pour le parent qui n'a pas l'autorité parentale, le nouveau droit du divorce a introduit une nouvelle disposition concernant son droit à être informé et son droit d'être consulté (art. 275a CCS). Le parent sera informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de ce dernier.⁸ Le non détenteur de l'autorité parentale a un droit aux renseignements qui lui permettra d'obtenir des informations directement auprès des tiers qui s'occupent de l'enfant (médecins, enseignants, maîtres d'apprentissage). La loi ne prévoit toutefois ni la forme ni la fréquence de ce devoir d'information et de consultation. De plus, ce droit n'équivaut nullement à un droit de surveiller le détenteur et encore moins à un droit de codécision.⁹

2.2 Relations personnelles

a) Relations personnelles parent-enfant

Le nouveau droit du divorce renvoie la réglementation des relations personnelles aux dispositions régissant les effets de la filiation (art. 273ss CCS).

La position de l'enfant a été sensiblement modifiée puisque ce dernier est devenu depuis le 1^{er} janvier 2000 un véritable titulaire du droit de visite. Le parent non détenteur de l'autorité parentale et l'enfant ont réciproquement le droit d'entretenir des relations personnelles indiquées par les circonstances (cf. ég. Art. 9, 3^{ème} al. de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant). Il s'agit pour le parent d'un droit-devoir. Le juge peut intervenir auprès du parent lorsque celui-ci néglige son devoir (Art. 273, 2^{ème} al. CCS).

La position juridique du bénéficiaire du droit de visite a été renforcée par le nouveau droit en ce sens que, outre le droit à l'information et à être consulté (art. 275a CCS; voir ci-dessus 2.1.c), le bénéficiaire du droit de visite peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles soit réglé.¹⁰

Le détenteur de l'autorité parentale ne doit pas perturber les relations avec l'autre parent (art. 274, 1^{er} al. CCS) mais doit au contraire les favoriser. Il peut saisir l'autorité compétente si l'autre parent néglige son devoir et demander, dans les cas les plus graves, une suppression du droit de visite (art. 273, 2^{ème} al. et 274, 2^{ème} al. CCS.) L'autorité dispose de divers moyens pour obliger le détenteur de l'autorité parentale à respecter ce droit (rappeler le détenteur à ses devoirs et lui donner des instructions, art. 273, 2^{ème} al. CCS; instaurer une surveillance des relations personnelles, art. 308, 2^{ème} al. CCS, limiter l'exercice du droit de visite, retirer la garde voire l'autorité parentale au détenteur, art. 310 et 311 CCS).¹¹

Lorsque le parent non détenteur se trouve à l'étranger, son droit aux relations personnelles est également garanti par l'article 8 de la Convention européenne des

⁸ J. Micheli et al., op. cit., n° 304, p. 64

⁹ J. Micheli et al., op. cit., n° 304, p. 65

¹⁰ J. Micheli et al., op. cit., n° 325, p. 68

¹¹ J. Micheli et al., op. cit., n° 307 et 326, p. 65

droits de l'homme laquelle fait partie intégrante du droit national suisse. Ce droit ne peut être limité qu'aux conditions strictes de l'article 8, 2^{ème} §. ¹².

Les modalités des relations personnelles ne sont précisées ni dans l'ancien, ni dans le nouveau droit du divorce. Elles doivent être indiquées par les circonstances (art. 273 CCS). L'organisation du droit de visite doit en principe être laissée aux intéressés. ¹³

b) Relations personnelles avec des tiers

Le nouveau droit n'a pas modifié les relations personnelles de l'enfant avec des tiers. Partant ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que ce droit pourra être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant (art. 274a CCS).

2.3. Modification des mesures en faveur des enfants

Les articles 134, 275, 2^{ème} alinéa et 315b CCS règlent la situation en cas de fait nouveau concernant le sort des enfants.

A noter qu'avec le nouveau droit du divorce, l'enfant lui-même, peut saisir le juge, au besoin représenté par un curateur (art. 134 CCS et 146 CCS), pour demander la modification de l'autorité parentale. L'autorité tutélaire ainsi que les parents peuvent également requérir du juge une modification de l'autorité parentale lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant. En cas d'accord entre les parents, il n'est pas nécessaire de prouver des faits nouveaux importants. ¹⁴ Il en va de même pour la modification des relations personnelles.

3. Le droit d'être entendu de l'enfant

3.1 Audition de l'enfant

Le droit d'être entendu de l'enfant est garanti en droit suisse depuis l'entrée en vigueur le 26 mars 1997 pour la Suisse de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Son article 12, 2^{ème} alinéa oblige en effet les Etats à entendre l'enfant capable de discernement directement ou par l'intermédiaire d'un représentant dans toutes les procédures judiciaires ou administratives le concernant. ¹⁵

Le nouveau droit du divorce a expressément consacré cette obligation pour la Suisse puisque, comme déjà mentionné plus haut, l'avis de l'enfant doit être pris en

¹² J. Micheli et al., op. cit., n° 329 ss, p. 71; Arrêt du Tribunal Fédéral /ATF 120 Ia 369 spéc. p. 375

¹³ FF 1996 I 162

¹⁴ J. Micheli et al., op. cit., n° 343ss, p. 73

¹⁵ FF 1996 I 146

considération (art. 133, 2^{ème} al. CCS). Cet avis s'exprimera lors de l'audition de l'enfant prévu à l'article 144, 2^{ème} alinéa CCS. Le législateur a précisé à ce propos que l'audition devait se faire sous une forme qui soit adaptée aux enfants. Le mode de l'audition dépendra essentiellement de l'âge, du développement intellectuel et des données individuelles de l'enfant. Le juge est libre d'entendre l'enfant en présence de ses parents ou non. Il peut également renoncer à entendre l'enfant pour des motifs importants ou vu son âge. Le juge devrait entendre lui-même l'enfant mais pourra toutefois déléguer cette tâche à un tiers (assistant social, psychologue pour enfants,...)¹⁶

3.2 Représentation de l'enfant

Comme déjà mentionné et contrairement à l'ancien droit du divorce, le nouveau droit prévoit la représentation de l'enfant dans le procès en divorce de ses parents. Il s'agit d'une obligation qui toutefois, selon le législateur, n'existera qu'à certaines conditions. Il existe en fait quatre cas de figure où un curateur devra en tout cas être nommé (voir à ce propos l'art. 146, 2^{ème} al.). La curatelle est ordonnée lorsque l'enfant capable de discernement le requiert.¹⁷ La désignation et les attributions de ce curateur est prévu à l'article 148 CCS.

4. Conclusion

Il ressort des nouvelles dispositions explicitées ci-dessus que le législateur suisse a clairement souhaité conforter la position de l'enfant et lui octroyer la qualité de sujet de droit dans la procédure en divorce. En tant qu'Autorité centrale pour la Suisse, nous saluons tout particulièrement ces innovations qui renforceront sans aucun doute une application toujours plus efficace des instruments internationaux assurant la protection des mineurs puisque qu'elles permettent de mieux prendre en considération l'avis de l'enfant tout en exigeant davantage des parents et des tribunaux.

Office fédéral de la Justice
Autorité centrale en matière
d'enlèvement international d'enfants
Berne, le 11 février 2000

¹⁶ idem à 15

¹⁷ FF 1996 I 149 ss

Engagement

Reconnaissant que la résidence habituelle de son fils mineur (.....)

né le.... est en Suisse, à .

au lieu de résidence de sa mère, Mme (...), co-détentrice de l'autorité parentale en application de l'article 297 du Code civil suisse, attendu qu'aucune décision n'a encore été rendue dans la procédure en divorce introduite devant le Tribunal

Désireux de faciliter l'exercice de droits de visite transfrontières amiables dans l'intérêt prépondérant de l'enfant,

M. (...), résidant à (adresse/Etat contractant ...) s'engage à le ramener volontairement à sa résidence habituelle, auprès de sa mère, ou à organiser son retour sans danger en Suisse, à l'issue de l'exercice du droit de visite prévu du au à (Etat contractant ...).

Conscient qu'un non retour de l'enfant à la date prévue serait illicite au sens de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, ratifiée par (Etat contractant) l et la Suisse,

M. (...) signe le présent engagement par devant l'Autorité centrale de l'Etat de sa résidence habituelle (Etat contractant ...), qui transmettra l'original à l'attention de Mme (...) à l'Autorité centrale suisse en matière d'enlèvement international d'enfants, Office fédéral de la Justice, Taubenstrasse 16, à Berne.

Date:	Lieu:
-------	-------

Signature:

Sceau de l'Autorité centrale réceptrice



Bundesamt für Justiz
Office fédéral de la justice
Ufficio federale di giustizia
Uffizi federal da la giustia

*Model Undertaking HC Protection of rights of access abroad requested by the mother residing in CH-
new proceedings on the merits in the State of the father's residence*

Undertaking

Whereas the right to custody over the children (.....) lies with their mother Mrs. (...) and the undersigned is entitled from time to time to access to the children during limited periods of time pursuant to the Order of [date] of the [Court];

Whereas the Court (...) especially notes that the conduct of the parties should always be governed by what is in the best interests of the children, a condition which would not be respected in the event that the children (.....) are abruptly separated from their mother and not replaced in their habitual environment after the planned period of stay in the (contracting State...);

I,
Mr. of [address of residence]

[represented by Attorney (...),]

undertake that I will not in any manner directly or indirectly prevent or avoid or have prevented or avoided,
children (....)

from returning to Switzerland at the end of my enjoyment of rights of access in the (contracting State ...) during their school holidays taking place from Month,... to Month/Year,....

I am aware that the above children (.....) shall return to Switzerland on ... Month...
....at the latest and I undertake to make best efforts to ensure their return to Switzerland on this date at the latest.

This undertaking is made for the purpose of facilitating the enjoyment by the undersigned of his right of access in (Month/Year) only. It shall not prejudice in any manner any pending or future proceedings whatsoever aimed at modifying any rights of custody over, or access to the children (.....).

I am aware that the Central Authority (contracting State) and the Swiss Central Authority in Matters of Child Abduction will forward a copy of this duly executed document to, Mrs. (.....).

Made on [date]: at [place]: Father



Modèle CE: procédure d'exequatur ouverte/Engagement intermédiaire

Engagement

L'Autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants de l'Office fédéral de la justice déclare avoir reçu de M. (...) résidant à (...), aux fins d'exequatur en (Etat requis...) dans le cadre 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, le document suivant:

Jugement de mesures protectrices du (...) rendu par (...)

homologuant l'accord passé entre M. (...) et Mme (...), qui fixe en particulier le droit de visite envers les enfants communs

(...)

(...)

comme suit:

"3.

Réserve un droit de visite à M. (...), qui s'exercera un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, étant précisé que M. (...) pourra l'exercer chez ses parents ou tout autre endroit, pour autant que Mme (...) soit avisée du lieu où se trouvent les enfants. Ces derniers seront directement pris en charge par M. (...) au domicile de Mme (...)."

Désireux de faciliter l'exercice de droits de visite transfrontières amiables dans l'intérêt prépondérant des enfants (... et ...), se trouvant actuellement en (Etat requis)...) avec leur mère (adresse.....)

le soussigné, M. (...), né le (...), résidant à (...CH),

requiert l'exercice du droit de visite conformément au jugement précité, durant la période

du

au

s'engageant à ramener volontairement les enfants chez leur mère à l'issue de l'exercice dudit droit en Suisse.

Conscient qu'un non retour des enfants serait contraire à leur intérêt et permettrait à Mme (...) d'invoquer l'article 8, ch.3 de la Convention européenne susmentionnée pour obtenir leur restitution immédiate (en annexe),

le soussigné s'engage en outre à favoriser l'exercice paisible du droit de visite en déposant tout document d'identité relatif aux enfants dès leur arrivée en Suisse et pendant la durée de leur séjour auprès d'une autorité que lui indiquera l'Office fédéral de la justice.

Le présent engagement est adressé en original à Mme (...) pour qu'elle se détermine à meilleure convenance.

Une copie est remise à l'Autorité centrale (... Etat contractant) à l'intention de M. le Procureur général près la Cour d'appel saisie de la requête en vue d'exequatur du jugement suisse précité ainsi qu'au Tribunal de Première Instance et au Service de Protection de la Jeunesse du Canton de (...).

Date:

Signature: (père/demandeur)

Sceau de l'Autorité centrale réceptrice: (CH/ Etat requérant)

Annexe ment.



Modèle CLaH parents de même nationalité étrangère X- enfant se trouvant dans Etat X

ENGAGEMENT

L'Autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants de l'Office fédéral de la justice déclare avoir reçu de M. (...), résidant à (...) le document suivant:

Jugement de divorce du Tribunal civil (...) attribuant l'autorité parentale et le droit de garde sur l'enfant commun (...), né le (...) à sa mère et fixant un droit de visite régulier pour le père selon les modalités suivantes:

"ch 2.- Le droit de visite du père est réservé. Il s'exercera d'entente entre les parties ou, à ce défaut, le premier et le troisième week-end de chaque mois, du samedi à 09.00 heures au dimanche à 18.00 heures, une semaine à Noël ou à Pâques en alternance, et deux semaines en été, ce moyennant préavis de quatre semaines."

Désireux de faciliter l'exercice de droits de visite transfrontières amiables dans l'intérêt prépondérant de l'enfant (...), se trouvant (Etat contractant ...) avec sa mère, Mme (...)

M. (...), né le (...) (à...), résidant à (... CH)), requiert l'exercice d'un droit de visite durant la période du ...au ..., s'engageant à restituer volontairement l'enfant à sa mère, à l'issue de l'exercice dudit droit en Suisse.

Conscient qu'un non retour de l'enfant serait illicite au sens de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 et souhaitant faciliter l'exercice paisible du droit de visite au sens de l'article 21 de la convention précitée, M. (...) consignera le passeport de l'enfant dès son arrivée en Suisse et pendant la durée de son séjour auprès de l'autorité compétente que lui indiquera l'Office fédéral de la justice.

Le présent engagement est adressé en original à Mme (...) pour qu'elle se détermine sur cette proposition de règlement amiable du droit de visite, à meilleure convenance.

Une copie est remise à l'Autorité centrale (...) à l'intention du Tribunal compétent pour statuer sur la procédure de protection des droits de visite de l'enfant (...) ainsi qu'aux autorités suisses suivantes: Tribunal civil (...) et Office cantonal des mineurs (...).

Date:

Signature: (père)

Sceau de l'Autorité centrale réceptrice: (CH)

Engagement

Reconnaissant que la résidence habituelle de son enfant mineur (**nom, prénom, né le...à compléter**) est en Suisse, à ...(**à compléter**) au domicile de sa mère, Mme (**nom, prénom, née le à compléter**), détentrice de l'autorité parentale et du droit de garde par décision judiciaire de (**autorité compétente**) du (**date**),

Désireux de faciliter l'exercice des droits de visite transfrontières amiables dans l'intérêt prépondérant de l'enfant (**nom, prénom...**),

M. (**père: nom, prénom, né le à compléter**), domicilié à (**à compléter**) s'engage à ramener volontairement son enfant susnommé au lieu de sa résidence habituelle, auprès de sa mère, ou à organiser son retour sans danger en Suisse, à l'issue de l'exercice du droit de visite prévu du au (**à compléter**)

à (lieu/Etat contractant, **à compléter**).

Conscient qu'un non retour de l'enfant à la date prévue serait illicite au sens de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 ratifiée par (Etat contractant **à compléter**) et la Suisse,

Conscient qu'un non retour de l'enfant serait contraire à l'intérêt de ce dernier et justifierait l'application de l'article 8§3 de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980 également ratifiée par (Etat contractant **à compléter**) et la Suisse et dont la teneur est la suivante:

Si un accord homologué par une autorité compétente est intervenu entre la personne qui a la garde de l'enfant et une autre personne pour accorder à celle-ci un droit de visite et qu'à l'expiration de la période convenue l'enfant, ayant été emmené à l'étranger, n'a pas été restitué à la personne qui en avait la garde, il est procédé au rétablissement du droit de garde conformément aux paragraphes 1.b et 2 du présent article. Il en est de même en cas de décision de l'autorité compétente accordant ce même droit à une personne qui n'a pas la garde de l'enfant.

M. (**père: nom, prénom.....**) signe le présent engagement afin que celui-ci soit homologué par l'Autorité compétente en Suisse (**adresse à compléter**).

Cet engagement est également contresigné par la mère du mineur, Mme (**nom,prénom**).

Ce document sera ensuite transmis à l'Autorité centrale suisse en matière d'enlèvement international d'enfants, Office fédéral de la Justice, Taubenstrasse 16, à Berne en vue d'être remis à l'Autorité centrale de (Etat contractant **à compléter**) en matière d'enlèvement international d'enfants.

Signature du père

Date et lieu

Sceau de l'Autorité suisse compétente

Date et lieu

Signature de la mère

Date et lieu