

## **EGMR 20100706\_41615\_07 vom 6. Juli 2010**

EGMR (Schweiz), 2010-07-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_egmr\\_20100706\\_41615\\_07](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_egmr_20100706_41615_07)

FR: CourEDH 20100706\_41615\_07 du 6 juillet 2010

IT: CorteEDU 20100706\_41615\_07 del 6 luglio 2010

### **Regeste**

Urteilkopf 41615/07 Neulinger Isabelle, Shuruk Noam c. Suisse Arrêt no. 41615/07, 06 juillet 2010

Regeste Diese Zusammenfassung existiert nur auf Französisch. SUISSE: Art. 8 CEDH. Retour en Israël d'un enfant déplacé de manière illicite en Suisse par sa mère. L'ordre de retour prononcé par le Tribunal fédéral reposait sur une base légale suffisante et avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de l'enfant et de son père. Au vu des changements survenus dans la situation de l'enfant et de la mère et exprimés dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du tribunal d'arrondissement de Lausanne du 29 juin 2009, la Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. En effet, un retour constituerait un danger pour lui et ne pourrait se faire qu'avec sa mère pour ne pas risquer un traumatisme important. Cette dernière subirait quant à elle une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte à repartir en Israël (ch. 89 - 151). Conclusion: violation de l'art. 8 CEDH. N.B. Cet arrêt de la Grande Chambre fait suite à la décision d'une chambre, qui était arrivée à une conclusion différente par arrêt du 08.01.2009. Inhaltsangabe des BJ(3. Quartalsbericht 2010) Art. 8 EMRK, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; Kindsrückführung. Die Anordnung der Rückkehr eines siebenjährigen Kindes nach Israel, das 2005 von seiner Mutter in die Schweiz entführt wurde, ist mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Auch wenn die Schweiz im Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils mit der Anordnung der Rückkehr ihren Ermessensspielraum nicht überschritten hat, müssen die inzwischen eingetretenen Entwicklungen - die durch die Anordnung von provisorischen Massnahmen zum Verbleib des Kindes in der Schweiz auch durch den Gerichtshof selber verursacht wurden - mit berücksichtigt werden. Namentlich der fünfjährige Aufenthalt des Kindes in der Schweiz, das eingeschränkte Besuchsrecht des Vaters in Israel sowie eine mögliche Gefängnisstrafe der Mutter in Israel führen, bei einer Rückführung des Kindes, zu einem ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowohl des Kindes als auch der Mutter. Verletzung Artikel 8 EMRK (16 gegen 1 Stimme). Umstossung des Kammer-Urteils vom 8. Januar 2009 (siehe 1. Quartalsbericht 2009). Sachverhalt En l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse, La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de : Jean-Paul Costa, président, Nicolas Bratza, Peer Lorenzen, Françoise Tulkens, Josep Casadevall, Ireneu Cabral Barreto, Corneliu Bîrsan, Bostjan M. Zupancic, Elisabet Fura, Egbert Myjer, Danute Jociene, Isabelle Berro-Lefèvre, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni, András Sajó, Nona Tsotsoria, Zdravka Kalaydjieva, juges, et de Vincent Berger, juriste-consulte, Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 octobre 2009 et 2 juin 2010, Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date : PROCÉDURE 1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 41615/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont deux ressortissants de cet Etat, Mme Isabelle Neulinger et son fils, Noam Shuruk, (« les requérants »), ont saisi la Cour le 26 septembre 2007 en vertu

de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La requérante a également la nationalité belge et le requérant la nationalité israélienne. 2. Les requérants sont représentés par Me Lestournaud, avocat à Thonon-les-Bains (France). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, de l'Office fédéral de la justice. 3. Les requérants alléguent en particulier qu'en ordonnant le retour de Noam Shuruk en Israël, le Tribunal fédéral avait violé leur droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8, pris isolément et en combinaison avec les articles 3 et 9 de la Convention. Ils se plaignaient également d'une violation de l'article 6, estimant que le Tribunal fédéral, en adoptant une interprétation selon eux trop restrictive des exceptions à l'obligation de la Suisse d'ordonner le retour du requérant, n'avait pas pris en compte l'intérêt supérieur de celui-ci. 4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement. 5. Le 27 septembre 2007, le président de la chambre a décidé d'indiquer au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas procéder au retour de Noam Shuruk. 6. Le 22 novembre 2007, la Cour a décidé de communiquer au Gouvernement la partie de la requête concernant le grief tiré de l'article 8. Comme le permet l'article 29 § 3 de la

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

### **E. 2**

Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

### **E. 3**

La notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye 65. L'article 5 a) de la Convention de La Haye définit le droit de garde comme « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». La convention reconnaît que le droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (article 3 in fine ). Le rapport explicatif de la convention souligne l'intention des auteurs de protéger l'exercice de tous les modes de garde de l'enfant, et reconnaît qu'il peut y avoir déplacement ou non-retour illicite même si les parents ont la garde conjointe de leur enfant : « [A]ux termes de l'article 3, le droit de garde peut avoir été attribué, seul ou conjointement, à la personne qui demande qu'on en respecte l'exercice. [...] Or, dans l'optique adoptée par la Convention, le déplacement d'un enfant par l'un des titulaires de la garde conjointe, sans le consentement de l'autre titulaire, est également illicite ; ce caractère illicite proviendrait, dans ce cas précis, non pas d'une action contraire à la loi, mais du fait qu'une telle action aurait ignoré les droits de l'autre parent, également protégé par la loi, et interrompu leur exercice normal. » (Rapport explicatif d'Elisa

Pérez-Vera, Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, § 71, pp. 447-448) 66. Les auteurs de la convention ont créé une définition autonome du droit de garde, tout à fait distincte des interprétations faites de cette notion en droit interne. Cette autonomie a été confirmée dans les « Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », selon lesquelles « le « droit de garde » visé dans la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants constitu[e] un concept autonome, ce qui [a] pour conséquence qu'un tel droit ne coïncid[e] pas nécessairement avec des droits qualifiés de « droit de garde » ou de « custody rights » résultant de la loi d'un pays particulier ou d'une juridiction de ce pays. [...] l'attribution à un seul parent de la « custody » selon la loi nationale ne signifie pas nécessairement que tous les « rights of custody » au sens de la Convention de La Haye sont accordés à ce même parent. Chaque système juridique national possédant sa propre terminologie à propos des droits relatifs à la protection des enfants et à l'autorité parentale - au point que certains systèmes anglophones n'utilisent pas le terme « custody » - il importe d'examiner le contenu des droits sans s'en tenir à leur désignation. » (Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, § 9, pp. 3-4) 67. L'autonomie du concept de « droit de garde » a encore été confirmée lors de la deuxième réunion de la Commission spéciale, au cours de laquelle a notamment été adoptée la conclusion suivante : « La signification de l'expression « droit de garde » au regard de la Convention ne coïncide pas avec l'un quelconque des concepts de « droit de garde » reçu dans les Etats parties, mais voit ses contours propres tracés par les définitions, la structure et le but de la Convention elle-même. » (Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993, p. 4) 68. En outre, selon le rapport explicatif, la convention ne porte que sur les problèmes relatifs à la violation d'un droit de garde. Elle ne concerne a priori pas les situations nées de l'atteinte à un droit de visite, notamment les cas où le titulaire du droit de garde déplace l'enfant à l'étranger (§ 65 du rapport).

#### **E. 4**

Enfin, je crains que le non-retour de l'enfant en Israël puisse avoir des conséquences néfastes pour son avenir : Israël reste son pays de naissance, c'est là que se trouvent ses racines, et sa situation par rapport à son pays demeure irrégulière.

#### **E. 5**

Avec toutes les précautions que j'ai énoncées, et d'autres qui peut-être m'échappent, je serais prêt à admettre que le retour du requérant n'emporterait pas violation de l'article 8 de la Convention.

#### **E. 6**

L'arrêt de la Grande Chambre expose un certain nombre de considérations que la Cour juge pertinentes aujourd'hui pour apprécier le respect de l'article 8. Le raisonnement de la majorité indique que dans l'application de la Convention de La Haye, l'article 8 de la Convention appelle une approche tournée vers le futur, qui serve l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous considérons que, dans leur écrasante majorité, ces considérations étaient déjà

applicables le 16 août 2007. En particulier, la Cour mentionne l'intégration du second requérant dans son nouvel environnement (paragraphe 145) et la gravité des difficultés que sa mère et lui seraient susceptibles de rencontrer dans le pays de destination (paragraphe 146). Or en 2007, l'enfant, qui avait passé deux années en Suisse, s'était déjà adapté à son nouvel environnement. Cela avait été démontré au cours de la procédure interne. La Cour elle-même le constate lorsqu'elle observe qu'il allait régulièrement à l'école depuis 2006. Cependant, l'arrêt du Tribunal fédéral ne tient pas compte de cet élément. La Cour considère également que les restrictions posées au droit de visite du père avant 2007 sont un facteur pertinent d'appréciation des risques pour le bien-être de l'enfant en cas de retour en Israël (paragraphe 22 et 24). Là encore, le Tribunal fédéral a expressément refusé de tenir compte de ces facteurs en adoptant une interprétation délibérément restrictive de la Convention de La Haye. Enfin, selon la majorité, les sanctions pénales que la mère risquerait de se voir imposer en cas de retour sont également un risque pertinent pour le bien-être de l'enfant. En effet, l'intéressée étant probablement la seule personne de référence pour son fils, la Cour ne juge pas un tel risque acceptable en 2010. Or les faits et les risques qui en découlaient étaient les mêmes en 2007.

#### **E. 7**

Le Tribunal fédéral a reconnu qu'un retour du second requérant sans sa mère le soumettrait à un risque grave, mais il a estimé que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'intéressée qu'elle accompagne son fils en Israël, et que le risque susmentionné n'existait donc pas. Il a considéré que la première requérante n'avait pas avancé de motifs justifiant objectivement son choix de ne pas retourner en Israël. Retenant une interprétation restrictive de l'article 13 de la Convention de La Haye, il a jugé notamment qu'il incombait à la requérante de démontrer de manière satisfaisante le risque allégué de poursuites en cas de retour en Israël, qu'elle n'avait pas établi la réalité de ce risque et que, dès lors, il ne constituait pas un motif objectif de non-retour. Ce raisonnement implique qu'en l'absence de raisons objectives, la mère est tenue de retourner avec son enfant dans le pays de départ. Or, s'il n'est pas contesté que les responsables légaux d'un enfant sont juridiquement tenus de prendre soin de lui personnellement, cette obligation ne leur impose pas de manière inconditionnelle de le faire dans un lieu imposé, ce qui serait absolument contraire à leurs droits garantis par la Convention. Dans son raisonnement, le Tribunal fédéral a exclu la possibilité, et le risque correspondant, que l'enfant ne soit pas accompagné par sa mère, en partant du principe que celle-ci devait suivre l'enfant -ignorant ainsi les droits de l'intéressée garantis par l'article 8, sa liberté de circulation et son autonomie personnelle. A cet égard, nous souscrivons totalement à l'opinion concordante du juge Lorenzen rejoint par la juge Kalaydjieva.

#### **E. 8**

Il est clair également que si les juges nationaux manquaient à cette obligation, les requérants pourraient revenir devant la Cour européenne des droits de l'homme et demander que la décision de justice interne, quelle qu'elle puisse être, soit mise en conformité avec cet arrêt.

#### **E. 9**

Cette seconde raison n'est pas seulement d'ordre pragmatique. Elle soulève aussi l'importante question de savoir dans quelle mesure les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont effectivement contraignants pour les juridictions nationales.

#### **E. 10**

Cela étant, c'est bien entendu la première raison qui est cruciale, car la conclusion de la majorité implique que le constat par la Cour de la violation ou de la non-violation peut dépendre du simple fait qu'une décision définitive des juridictions internes a ou n'a pas été exécutée, et ce même lorsque le sursis à l'exécution n'est dû, comme en l'espèce, qu'à une mesure provisoire imposée par la Cour (en vertu de l'article 39 du règlement).

#### **E. 11**

Mon objection de fond à l'avis de la majorité vient toutefois de ce qu'il est absolument erroné de s'appuyer sur l'affaire *Maumousseau et Washington c. France* (no 39388/05, CEDH 2007-XIII) pour conclure à la violation.

#### **E. 12**

Les affaires semblables devraient connaître une issue semblable. A l'évidence, les circonstances factuelles des deux affaires sont analogues, si ce n'est que dans l'affaire *Maumousseau et Washington* le risque qu'aurait encouru la mère si elle était retournée aux Etats-Unis aurait été bien plus important, puisqu'elle se serait alors exposée à une arrestation à la frontière, à l'obligation de déposer une caution de 25 000 dollars et à l'impossibilité de voir sa fille autrement qu'en présence d'un garde, au tribunal, et pendant environ une demi-heure, pour ne citer que certaines des conditions draconiennes imposées par le juge aux affaires familiales de l'Etat de New York en première instance.

#### **E. 13**

S'il y avait ici une différence avec l'affaire *Maumousseau et Washington*, elle résiderait donc dans le fait que la situation en cause dans cette affaire-là était bien pire que celle en question en l'espèce.

#### **E. 14**

Il apparaît donc que l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* constitue un total revirement par rapport à l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire *Maumousseau et Washington c. France*.

#### **E. 15**

Il est d'ailleurs très facile de le démontrer. Dans la présente affaire, l'Etat défendeur, la Suisse, s'est appuyé ouvertement sur l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (paragraphe 119 de l'arrêt).

#### **E. 16**

Dans cette affaire, la majorité de la section avait déclaré (voir cependant mon opinion dissidente) que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le « parent ravisseur » de parvenir à légitimer juridiquement, le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait unilatéralement créée par lui ( *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ). Elle avait ainsi choisi d'ignorer l'intérêt supérieur de l'enfant, lui-même déterminé par le passage du temps et par d'autres facteurs concernant le père.

#### **E. 17**

Il s'ensuit qu'au regard du principe *stare decisis*, la démarche du gouvernement suisse consistant à s'appuyer sur l'arrêt *Maumousseau et Washington* était d'une logique imparable.

#### **E. 18**

Le gouvernement suisse pouvait a fortiori considérer comme certain que les circonstances factuelles de l'affaire Neulinger et Shuruk, comparées à celles de l'affaire Maumousseau et Washington, étaient bien moins désastreuses pour la mère et pour l'enfant . Dans l'affaire contre la France, en effet, la fille avait pour finir été brutalement arrachée à sa mère pour être remise, à New York, à son père, avec lequel elle n'avait notamment jamais vécu seule.

**E. 19**

Ayant déjà expliqué ma position dans l'affaire Maumousseau , je me bornerai à dire que les autorités suisses avaient toutes les raisons de croire, en s'appuyant sur ce précédent , qu'en l'affaire Neulinger et Shuruk la Cour considérerait a fortiori qu'il n'y aurait pas de violation dans le cas où l'enfant serait renvoyé en Israël.

**E. 20**

Dans l'affaire Maumousseau et Washington , le collège de la Grande Chambre avait, de manière inexplicable, rejeté la demande de renvoi devant celle-ci.

**E. 21**

Cependant, la question tranchée alors de manière si discutable s'est à nouveau posée, et la Cour est parvenue à une décision qui, malgré le caractère hypothétique de la violation constatée en l'espèce, est acceptable.

**E. 22**

Il s'ensuit inexorablement que l'affaire Neulinger et Shuruk constitue un revirement complet par rapport à l'affaire Maumousseau et Washington et à sa « logique ».

**E. 23**

Je trouve dès lors quelque peu étrange de citer l'arrêt Maumousseau et Washington comme si non seulement il était compatible avec l'arrêt Neulinger et Shuruk , mais encore il le justifiait.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.