

CH_VB 2006-2815 2433 vom 28. Februar 2007

Bundesverwaltung, 2007-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2006-2815_2433_

FR: CH_VB 2006-2815 2433 du 28 février 2007

IT: CH_VB 2006-2815 2433 del 28 febbraio 2007

Erwägungen

E. 28

P. Lagarde, rapport-ClaH 96 (op. cit. note 11), p. 35, no 152.

2449 par. 1). L'organisation décentralisée adoptée par la Suisse est celle qui est la plus conforme à sa structure fédéraliste. Aussi est-elle statuée aux art. 1 et 2 P-LF-EEA. 4.6 Dispositions générales et clauses finales Les autorités de l'Etat contractant où l'enfant a sa résidence habituelle ou de l'Etat contractant où une mesure de protection a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale, à sa demande, un certificat prouvant sa qualité et indiquant les pouvoirs qui lui sont conférés (art. 40)²⁹. Il va sans dire que les données personnelles collectées ou transmises conformément à la CLaH 96 doivent être traitées confidentiellement et n'être utilisées que dans le but d'assurer la protection de l'enfant (art. 41 et 42). Les documents transmis ou délivrés en application de la CLaH 96 sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue (art. 43). Les art. 46 à 49 renferment les clauses dites des «Etats fédéralistes», qui sont applicables aux Etats contractants qui ne disposent pas d'un régime juridique unifié. S'agissant de l'enlèvement d'enfants et de l'exercice du droit de visite transfrontière, la CLaH 80 continue de primer la CLaH 96 (art. 50). En la matière, la CLaH 96 n'est applicable qu'à titre exceptionnel et que dans une mesure restreinte; elle peut d'ailleurs être appliquée alternativement à la première convention ou cumulative- ment avec celle-ci. Ainsi, les mesures urgentes de protection de l'enfant (art. 7, par. 3) arrêtées par le tribunal de l'Etat contractant où l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement restent directement applicables dans l'Etat qui doit assurer le retour de l'enfant jusqu'à ce que les autorités de cet Etat aient ordonné et pris elles-mêmes les mesures qui s'imposent (art. 23). Par ailleurs, la CLaH 96 (art. 33 à 35) complète et corrobore la réglementation prévue par la CLaH 80 en matière de responsabilité parentale et de relations personnelles avec l'enfant. Selon les cas, il se peut que le parent qui a la garde de l'enfant enlevé obtienne plus rapidement le retour de celui-ci en faisant reconnaître et mettre à exécution au sens de la CLaH 96 (sous réserve de l'art. 23, par. 2, et en conformité avec l'art. 28), dans l'Etat où l'enfant a été déplacé, les mesures arrêtées pour assurer son retour qu'en engageant une procédure de retour selon la CLaH 80, procédure au cours de laquelle l'autorité compétente de l'Etat requis est tenue notamment de vérifier qu'il n'existe pas de motifs au sens des art. 12 et 13 CLaH 80 qui s'opposent au retour de l'enfant. La CLaH 96 remplace la CLaH 61 sans préjudice de la reconnaissance des mesures prises selon cette dernière convention (art. 51 CLaH 96). En outre, elle ne doit pas déroger aux autres instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont parties, notamment à ceux qui ont été conclus entre les membres de l'Union européenne (art. 52). La CLaH 96, notamment ses normes de compétence, ne s'applique qu'aux mesures prises dans un Etat après l'entrée en vigueur de la convention pour cet Etat (art. 53, par. 1). En d'autres termes, les procédures pendantes au moment de l'entrée en vigueur doivent se

poursuivre selon les dispositions du droit interne. Quant à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises, elles ne peuvent avoir lieu selon la CLaH 96 qu'après l'entrée en vigueur de celle-ci (art. 53, par. 2). La réglementation applicable aux langues dans lesquelles les communications doivent être adressées aux autorités des Etats contractants correspond à celle qui est prévue à

E. 29

V. ch. 6.1.

2450 l'art. 24, CLaH 80. Elle devrait contribuer à lever un obstacle majeur en matière de coopération internationale (art. 54). Aussi conviendrait-il que la Suisse renonce à formuler la réserve concernant l'utilisation du français ou de l'anglais ainsi qu'elle l'a fait lors de la ratification de la CLaH 80 (art. 24 en liaison avec l'art. 42 de cette convention). Un Etat contractant peut réserver la compétence de ses autorités pour prendre des mesures tendant à la protection des biens d'un enfant situés sur son territoire; en outre, il n'est pas tenu de reconnaître une mesure de protection arrêtée par un autre Etat contractant lorsque cette mesure serait incompatible avec une mesure prise par ses propres autorités relativement à ces biens (art. 55). Par ailleurs, la CLaH 96 (art. 56) prévoit que la Conférence de La Haye de droit international privé convoque périodiquement une commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique de ladite convention. Ces rencontres régulières – prévues également dans le cadre d'autres conventions telles que la CLaH 80 – se sont révélées précieuses pour l'optimisation de la mise en œuvre des dispositions. Les clauses finales (art. 57 à 63) règlent les modalités de ratification, les déclarations pouvant être formulées, l'adhésion à la convention et la dénonciation de celle-ci, l'entrée en vigueur de la convention et les obligations du dépositaire.

4.7 Réserves et déclarations

L'art. 54, par. 2, CLaH 96 en liaison avec l'art. 60 de ladite convention permet à tout Etat contractant de s'opposer à l'utilisation du français ou de l'anglais dans la correspondance, en formulant une réserve à cet effet. Il conviendrait que la Suisse renonce à formuler une telle réserve, ainsi qu'elle l'a fait lors de la ratification de la CLaH 80 (art. 24, par. 2, en liaison avec l'art. 42). Il importe en effet de ne pas compliquer les modalités régissant la coopération internationale, notamment lorsqu'il y a urgence. L'art. 55 CLaH 96 en liaison avec l'art. 60 de ladite convention permet aux Etats contractants de formuler deux autres réserves³⁰: d'abord, conformément à l'art. 55, par. 1, let. a, ils peuvent réserver la compétence de leurs autorités de prendre des mesures tendant à la protection des biens d'un enfant situés sur leur territoire. Il conviendrait que la Suisse renonce à formuler une telle réserve. En effet, en étendant sa compétence au détriment des autres Etats contractants, la Suisse risque de provoquer des conflits de compétence, ce que la convention vise précisément à éviter. Au demeurant, la législation suisse ne connaît pas de compétence purement axée sur la protection des biens de l'enfant et il n'est pas prévu d'instaurer une telle compétence dans les rapports avec les Etats non contractants (cf. le projet de nouvel art. 85, al. 4, LDIP). De surcroît, aux termes de l'art. 55, par. 1, let. b, un Etat contractant peut se réserver de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure concernant les biens de l'enfant qui serait incompatible avec une mesure prise par ses autorités relativement à ces biens. Il convient que la Suisse – ainsi que l'on déjà fait plusieurs autres Etats – formule une telle réserve puisque les jugements rendus par des tribunaux étrangers ne peuvent pas être exécutés lorsqu'ils sont contraires à un jugement

E. 30

La possibilité de formuler cette réserve a été introduite principalement à la demande du Royaume-Uni, pour des considérations touchant les droits réels (P. Lagarde, rapport- Clah 96 (op. cit. note 11), p. 40 à 41, no 181; K. Siehr, HKsÜ (op. cit. note 11), p. 485.

2451 prononcé par une juridiction suisse. Certes, elle pourrait refuser la reconnaissance d'une mesure arrêtée à l'étranger en invoquant une atteinte à l'ordre public. Mais un tel refus serait plus difficile à justifier lors même que la convention prévoit expressément la possibilité de formuler une réserve sur le même point. La CLaH 96 permet aux autorités compétentes d'échanger directement des informations utiles pour la protection de l'enfant (art. 34). Il est toutefois loisible aux Etats contractants de déclarer que les demandes d'informations ne peuvent être acheminées que par le canal de leur autorité centrale. Une telle restriction pourrait toutefois entraîner des retards inutiles, tout spécialement lorsqu'il y a urgence³¹. Aussi paraît-il peu approprié de désigner des autorités auxquelles doivent être adressées les demandes prévues aux art. 8, 9 et 33 (art. 44)³². 5 Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (CLaH 2000) 5.1 Champ d'application La CLaH 2000 contient des clauses qui règlent sur le plan international la compétence de prendre des mesures tendant à la protection de l'adulte, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection et la coopération internationale nécessaire à la mise en œuvre des mesures tendant à la protection des adultes qui sont dans l'incapacité de pourvoir à leurs intérêts. La convention ne traite pas du droit matériel en matière d'assistance. La CLaH 2000³³ est applicable dans des situations à caractère international aux personnes ayant atteint l'âge de 18 ans qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts. Au nombre de ces intérêts figurent non seulement le bien être personnel et la santé de l'adulte mais encore ses intérêts patrimoniaux. Elle s'inscrit ainsi dans le prolongement, ininterrompu, de la CLaH 80. Pour que la convention soit applicable, point n'est besoin que la personne à protéger soit majeure selon le droit de l'Etat dont elle est ressortissante ni incapable de discernement ni même sous tutelle³⁴. La convention s'applique également aux mesures concernant un adulte qui n'avait pas atteint l'âge de 18 ans lorsqu'elles ont été prises (art. 2, par. 2). Le critère qui détermine l'applicabilité de la convention est donc le suivant: la mesure arrêtée ou demandée par une autorité étatique dans le cas d'espèce est axée sur la protection d'un adulte qui, pour des raisons tenant à sa personne, a besoin d'assistance. Ne répondent pas à ce critère, par exemple, les victimes d'actes de violence, en tant que les atteintes à l'intégrité physique ou psychique qu'elles ont subies ne requièrent pas des mesures de protection temporaires ou de longue durée. La CLaH 2000 complète la CLaH 96. En outre, sa systématique est calquée sur celle de la CLaH 96. Sur nombre de points, elle prévoit des réglementations identiques à celles que statue cette dernière. En outre, les objectifs des deux conventions sont

E. 31

P. Lagarde, rapport-Clah 96 (op. cit. note 11), p. 34, no 145.

E. 32

P. Lagarde, rapport-Clah 96 (op. cit. note 11), p. 36 à 37, no 159.

E. 33

A l'adresse www.hcch.net (convention no 35) l'on trouvera outre une bibliographie récente, un rapport explicatif détaillé de Paul Lagarde concernant la CLaH 2000 et publié en allemand, français et anglais (ci après: «P. Lagarde, rapport-CLaH 2000»).

E. 34

Kurt Siehr, Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener, (ci-après «K. Siehr, HEsÜ»), *RabelsZ* Bd 64 (2000), p. 721

2452 pratiquement formulés de manière identique. Toutefois, comme la seconde porte sur des mesures qui s'adressent aux adultes et peuvent parfois être prises contre leur volonté déclarée, son préambule contient l'affirmation expresse que «l'intérêt de l'adulte ainsi que le respect de sa dignité et de sa volonté doivent être des considérations primordiales». L'applicabilité de la CLaH 2000 cesse au décès de l'adulte qui fait l'objet de mesures de protection. Les différences que présentent les deux conventions résultent du fait que les enfants ont 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. Cela explique que les deux conventions n'attachent pas tout à fait la même importance au principe de la nationalité. En effet, alors que la CLaH 96 a pris – ce qui est logique – ses distances avec ce principe, 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). Ce concours entre deux compétences permet d'obvier à la menace que ferait planer sur la liberté personnelle de l'adulte concerné une compétence exclusive de l'autorité du lieu de résidence habituelle de celui-ci, a fortiori s'il n'a pas choisi lui-même ce lieu de résidence³⁵. Entrent dans le champ d'application de la CLaH 2000 les décisions portant notamment sur la détermination de l'incapacité et l'institution d'un régime de protection, la tutelle ou la curatelle y compris la désignation et les fonctions des personnes ou organismes chargés de les assumer, le placement de l'adulte dans un établissement ou encore l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'adulte (l'énumération figurant à l'art. 3 n'a qu'une valeur exemplative). En revanche, les domaines qui sont exclus du champ d'application de la CLaH 2000 font l'objet d'une énumération exhaustive. Il s'agit, notamment, des obligations alimentaires³⁶, du mariage ou des relations analogues, des trusts et successions, de la sécurité sociale, des mesures publiques de caractère général en matière de santé ainsi que des décisions sur le droit et en matière d'asile et d'immigration (art. 4). Cependant, le pouvoir de représentation dont dispose une personne pour agir dans ces domaines en lieu et place d'adultes ayant besoin d'une assistance est couvert par la CLaH 2000. S'agissant du mariage ou d'une relation analogue, ce ne sont pas les effets qui sont exclus du champ d'application de la convention, mais la conclusion, l'annulation et la dissolution, de même que la séparation de corps et les régimes matrimoniaux³⁷. En outre, parmi les mesures publiques en matière de santé et de sécurité, seules ne sont pas régies par la convention celles qui ont été arrêtées pour des motifs relevant

E. 35

P. Lagarde, rapport CLaH 2000 (op. cit. note 33) p. 9, no 5.

E. 36

Cela, afin d'éviter des contradictions avec les règles statuées, en particulier, par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01) et par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02).

E. 37

Andreas Bucher, *La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes*, *Revue suisse de droit international et européen* (ci-après «A. Bucher, CLaH 2000») Bd. 1/2000, p. 41.

2453 de la politique générale en la matière et non point celles qui sont prises en faveur de personnes nécessiteuses au titre de l'assistance sociale³⁸. Par principe, les Etats contractants sont libres de décider s'ils accordent assistance aux adultes ayant besoin de protection et, dans l'affirmative, sous quelle forme. Ils définissent en outre, sur le plan intérieur, la compétence des tribunaux ou des autorités administratives qui sont également appelés à statuer sur une éventuelle abrogation ou modification de mesures de protection prises à l'égard d'enfants qui ont atteint l'âge adulte (art. 2, par. 2, CLaH 2000), ce qui revient à dire que diverses autorités au sein du même Etat peuvent être chargées de prendre des mesures au sens de la CLaH 96 et de la CLaH 2000. En Suisse, cette question est régie par le droit cantonal.

5.2 Compétence

La CLaH 2000 part du principe que la compétence de prendre des mesures de protection de l'adulte appartient au premier chef aux autorités administratives ou aux tribunaux de l'Etat contractant où cet adulte a sa résidence habituelle; elle prévoit cependant une compétence subsidiaire déterminée par la nationalité de l'adulte, le lieu où sont sis les biens à protéger ou encore l'urgence qu'il y a à prendre des mesures de protection (art. 5 ss). Le terme «autorités» désigne exclusivement des autorités publiques et non des associations ou des organisations non gouvernementales. A l'instar de la CLaH 96, la CLaH 2000 ne définit pas la notion de «résidence habituelle». Les adultes, précisément, peuvent avoir plusieurs lieux de résidence habituelle, par exemple s'ils ont l'habitude de passer la saison d'hiver sous des cieux plus cléments ou si leur profession les oblige à déménager fréquemment. La convention ne traite pas de ces situations. Lorsqu'il est impossible de déterminer, dans le cas d'espèce, un lieu de résidence principal d'après la durée de résidence de l'adulte et l'étroitesse des relations qu'il entretient avec un endroit plutôt qu'avec un autre, la compétence de prendre des mesures de protection appartient aux autorités du lieu où l'adulte en question a coutume de séjourner et qu'il considère comme étant le centre de ses intérêts vitaux à l'époque considérée. En cas de déplacement de la résidence habituelle de l'adulte dans un autre Etat contractant – même lorsqu'une procédure est en cours³⁹ – les autorités de ce dernier Etat sont compétentes dès que l'adulte y a établi sa nouvelle résidence (art. 5, par. 2). S'agissant des adultes qui sont réfugiés et de ceux dont la résidence habituelle ne peut être déterminée, la compétence de prendre des mesures de protection est exercée par les autorités de l'Etat contractant sur le territoire duquel ces personnes sont présentes (état de nécessité au sens de l'art. 6). Lorsque les autorités d'un des Etats contractants dont l'adulte possède la nationalité et n'est pas un réfugié au sens de l'art. 6, par. 1, estiment qu'elles sont mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'adulte, elles en avisent les autorités effectivement compétentes avant de prendre des mesures tendant à la protection de la personne de l'adulte ou de ses biens.

E. 38

Nous pensons, par exemple, aux vaccinations obligatoires et aux internements de sécurité. En revanche, un placement en institution, notamment au titre d'une privation de liberté à des fins d'assistance, ou une intervention médicale entrent dans le champ d'application de la CLaH 2000. Cf. également A. Bucher, CLaH 2000 (op. cit. note 37) p. 42 ss. et K. Siehr, HESÜ (op. cit. note 34) p. 727 et 728.

E. 39

K. Siehr, HESÜ (op. cit. note 34), p. 729

2454 Cependant, les autorités effectivement compétentes jusqu'alors peuvent s'opposer, dans une mesure restreinte, à l'exercice de la compétence – toujours subsidiaire – fondée sur la nationalité, notamment lorsqu'une procédure est pendante devant elles, et même si les mesures visées par les deux autorités ont trait à la même affaire (art. 7, par. 2). Inversement, les autorités de l'Etat contractant ayant compétence en vertu des art. 5 ou 6 peuvent, après concertation, requérir des autorités d'autres Etats contractants qu'elles prennent des mesures tendant à assurer une protection globale ou spécifique de l'adulte, si elles considèrent que cela répond à l'intérêt de celui-ci ou est de nature à garantir une protection plus efficace de ses biens (art. 8). La compétence à raison du lieu dans lequel se trouvent les biens à protéger revêt, dans le cas de l'adulte, une portée pratique nettement plus importante que dans le cas de l'enfant (art. 9). En outre, et par analogie avec la CLaH 96, l'art. 10 CLaH 2000 prévoit une compétence concurrente mais subsidiaire des autorités de l'Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'adulte de prendre les mesures de protection nécessaires lorsqu'il y a urgence; ces autorités en informent à bien plaisir les autorités de l'Etat contractant où l'adulte a sa résidence habituelle. La notion d'urgence doit être interprétée au sens étroit du terme; elle ne s'applique notamment pas dans le domaine médical, à moins que l'adulte n'ait un impérieux besoin d'une intervention chirurgicale⁴⁰. Enfin, la convention statue, à titre d'exception, que les autorités de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'adulte est présent sont compétentes pour prendre des mesures de protection ayant un caractère purement temporaire et une portée territoriale restreinte à ce seul Etat; cette compétence ne peut s'exercer qu'à l'égard de la personne de l'adulte et non de ses biens; elle n'exige pas qu'il y ait urgence (art. 11). Cette compétence doit être, elle aussi, exercée de manière restrictive. Une telle situation peut, par exemple, se présenter lorsqu'un adulte a temporairement besoin d'une aide à la suite d'un accident, d'une maladie, ou d'un abus de drogue. Toutes les mesures arrêtées – à titre purement temporaire – par une autorité compétente restent en vigueur même lorsqu'un changement des circonstances a fait disparaître l'élément sur lequel était fondée la compétence, tant que les autorités normalement compétentes selon la convention ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées (art. 12).

5.3 Loi applicable Le principe applicable en l'occurrence est le suivant: l'autorité qui est chargée d'assurer la protection d'un adulte ou de ses biens applique sa loi interne (lex fori). Toutefois, à titre exceptionnel, elle peut appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit (art. 13). Lorsqu'une mesure prise dans un Etat contractant doit être mise en œuvre dans un autre Etat contractant, parce que, par exemple, l'adulte à protéger a déplacé sa résidence habituelle dans cet autre Etat, les conditions d'exécution de cette mesure sont régies par la loi de cet autre Etat (art. 14). Par «loi», il faut entendre le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois (art. 19).

E. 40

P. Lagarde, rapport-CLaH 2000 (op. cit. note 33) p. 46, no 78.

2455 Un cas constitue une particularité: celui dans lequel un adulte confère à titre provisionnel à une personne de son choix un pouvoir de représentation⁴¹ qui ne produira effet qu'à compter du moment où cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, perdant ainsi sa capacité civile (art. 15). Ce pouvoir de représentation peut être conféré par un accord, une manifestation de volonté ou un acte unilatéral et concerner soit uniquement la

personne de l'adulte soit ses biens, soit encore les deux. Les pouvoirs de représentation qui produisent immédiatement effet ne sont pas couverts par la CLaH 2000. A moins que l'adulte ait désigné par écrit une autre loi (la convention limite toutefois l'éventail des lois pouvant être choisies), l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par lui sont régies par la loi de l'Etat où il avait sa résidence habituelle au moment où il a passé l'acte. Quant aux modalités de l'exercice des pouvoirs de représentation, elles sont impérativement régies par la loi de l'Etat où ils sont exercés, toute élection de droit étant exclue. Le constituant peut soumettre chacune des tâches de son représentant à une loi distincte, par exemple lorsque ses biens se trouvent sur le territoire de différents Etats. Mais tous les Etats ne connaissent pas ce type de procuration. Il incombe donc au constituant de s'assurer que le droit auquel il a choisi de soumettre ses pouvoirs de représentation n'empêche pas ceux-ci d'être valablement conférés et, au besoin, de choisir un autre droit qui rende son acte valable. Lorsque les pouvoirs de représentation ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, ils peuvent être modifiés ou annulés par l'autorité compétente, la loi applicable devant être prise en considération dans la mesure du possible (art. 16). De manière analogue à l'art. 19 CLaH 96, et dans le but de garantir la validité d'un acte, l'art. 17 CLaH 2000 règle la protection du tiers de bonne foi qui s'est trompé sur la qualité de représentant de la personne avec laquelle il a passé cet acte. Les dispositions de la CLaH 2000 qui concernent la loi applicable produisent effet même si la loi qu'elles désignent est celle d'un Etat non contractant (art. 18). Est réservée la possibilité de statuer l'applicabilité exclusive du droit d'un Etat contractant (v., par exemple, art. 14). Le principe qui s'applique en l'occurrence est celui de l'exclusion du renvoi à un droit étranger et du renvoi au second degré (art. 19). La convention réserve de manière générale l'application impérative des dispositions de la loi de l'Etat dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée (art. 20). De même prévoit-elle une réserve pour le cas où l'application de la loi qu'elle désigne serait manifestement contraire à l'ordre public (art. 21).

5.4 Reconnaissance et exécution

A l'instar de la CLaH 96, la CLaH 2000 opère une distinction entre reconnaissance des mesures prises par les autorités d'un autre Etat contractant, déclaration selon laquelle ces mesures sont exécutoires ou enregistrement aux fins d'exécution et mise à exécution proprement dite⁴².

E. 41

Exemples: administration des biens, perpétuation d'actes juridiques déterminés, interdiction d'accepter un don d'organe ou de sang, directives anticipées du patient, droits de consulter l'anamnèse.

E. 42

Il est fortement recommandé d'utiliser uniformément les formules modèles mises au point par la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net).

2456 Les mesures prises dans un Etat contractant doivent être reconnues de plein droit dans tous les autres Etats contractants (art. 22, par. 1). La convention ne soumet cette reconnaissance à aucune formalité, telle que la production d'un acte officiel. Quant à l'art. 26, il interdit formellement à l'autorité de l'Etat requis de procéder à une révision au fond du droit appliqué et de la mesure prise par l'autorité de l'Etat requérant. L'Etat requis peut – et non doit – refuser la reconnaissance de mesures prises par les autorités d'un autre Etat contractant, dans les cinq cas suivants (art. 22, par. 2): – la mesure a été prise par une

autorité étrangère qui n'était pas compétente (l'autorité de l'Etat requis est toutefois liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité de l'Etat qui a pris la mesure a fondé sa compétence; art. 24); – elle a été prise, hors cas d'urgence, sans que l'adulte ait eu la possibilité de s'exprimer, ce qui viole les principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis; – la reconnaissance serait manifestement contraire à l'ordre public ou à une disposition impérative de la loi de l'Etat requis; – la mesure arrêtée est incompatible avec une mesure qui a été prise postérieurement dans un Etat non contractant; ou encore; – la procédure de consultation obligatoire prévue à l'art. 33 en vue du placement de l'adulte dans un autre Etat contractant n'a pas été respectée. Toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un Etat contractant de statuer sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat contractant, dans le but, par exemple, de déterminer, à titre provisionnel, si cette mesure est exécutable (art. 23). Toutefois, il n'est pas possible de faire élucider par cette voie la validité de pouvoirs de représentation conférés par un adulte qui a ultérieurement perdu sa capacité civile⁴³. Quant à la déclaration selon laquelle des mesures sont exécutoires et à l'enregistrement aux fins d'exécution, ils ont lieu sur requête de toute partie intéressée, selon une procédure simple et rapide lorsqu'une mesure prise dans un Etat contractant exige des actes d'exécution dans un autre Etat contractant (art. 25). Les décisions exécutoires prises dans un Etat contractant doivent être exécutées dans tous les Etats contractants, à moins qu'ils aient un motif de refus au sens de l'art. 22, par. 2. Les mesures prises dans un Etat contractant qui ont été déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre Etat contractant y sont mises à exécution conformément à la loi de cet Etat et comme si elles avaient été prises par ses propres autorités (art. 27). Cependant, il y a lieu de respecter les limites posées par cette loi et, au besoin, de modifier les mesures lorsqu'elles sont inconnues du droit interne afin d'en assurer l'exécution dans toute la mesure du possible.

E. 43

P. Lagarde, rapport-CLaH 2000 (op. cit, note 33), p. 76, no 124.

2457 5.5 Coopération internationale et autorités centrales La Suisse applique la CLaH 61 par analogie aux personnes majeures (art. 85, al. 2, LDIP). Ainsi que nous l'avons déjà relevé à propos de la CLaH 96 (cf. ch. 4.5), la pratique instaurée par la CLaH 61 pour la mise en œuvre transfrontière des mesures de protection n'est pas satisfaisante. Aussi, dans le but de renforcer la coopération internationale, la CLaH 2000 – à l'instar de la CLaH 96 – oblige-t-elle chaque Etat contractant à désigner une ou plusieurs autorités centrales ayant une mission générale d'information et de coopération dans tous les domaines couverts par la convention (art. 28). Les dispositions définissant leurs tâches sont calquées presque mot pour mot sur celles qui valent pour les autorités centrales en matière de protection des enfants (art. 30 à 31 CLaH 96), à cette différence près qu'elles ne sont pas tenues de faciliter la protection des adultes par la médiation, la conciliation ou toute autre mode analogue. Toutefois, elles peuvent continuer à encourager les efforts entrepris aux fins de parvenir à un règlement extrajudiciaire des conflits (art. 31). Si l'on a renoncé à conférer à cette tâche un caractère impératif, c'est principalement en raison des coûts qu'elle entraîne. Pour le reste, notamment en ce qui concerne la désignation et les tâches des autorités centrales, nous renvoyons le lecteur aux considérations émises au ch. 4.5 à propos de la CLaH 96. Si la situation de l'adulte l'exige, les autorités compétentes d'un Etat contractant peuvent demander à toute autorité d'un autre Etat contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'adulte de les lui communiquer (art. 32). Toutefois les

autorités de l'Etat requis sont libres de prêter ou non l'assistance demandée notamment lorsqu'il y va du respect des normes du droit interne en matière de protection des données et du secret professionnel. Les Etats contractants peuvent formuler une déclaration selon laquelle de telles demandes d'informations doivent être acheminées exclusivement par le canal de leur autorité centrale. Toutefois, ils devraient s'en abstenir s'ils veulent pouvoir coopérer aussi vite et directement que possible, notamment lorsqu'il est urgent de prendre des mesures de protection. Cette assistance mutuelle revêt une grande portée pratique, principalement lorsque l'adulte à protéger déménage dans un autre Etat contractant ou que l'on envisage son placement dans un établissement idoine sis sur le territoire d'un autre Etat contractant. Dans le second cas, la convention prévoit que ce dernier Etat doit être préalablement consulté (art. 33). Si cette procédure n'est pas respectée, il peut refuser de reconnaître la mesure de placement (art. 22, par. 2, let. d). A noter ici une différence par rapport à la CLaH 96: la décision de placement ne peut être prise dans l'Etat requérant que si l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis n'a pas manifesté son opposition dans un délai raisonnable. La CLaH 96 (art. 33, par. 2), pour sa part, exige le consentement exprès de l'autorité de l'Etat requis. Lorsqu'un Etat contractant a envisagé de prendre ou a pris des mesures tendant à protéger un adulte exposé à un grave danger et que celui-ci déménage dans un autre Etat, les autorités du premier Etat sont tenues d'informer les autorités compétentes du second du danger et des mesures qui ont déjà été prises. Ce devoir d'information vaut également à l'égard d'un Etat non contractant dans lequel l'adulte aurait pris résidence. Il va de soi que l'échange d'informations entre autorités ne doit en aucun cas avoir pour effet de mettre en danger la personne ou les biens de l'adulte à protéger, par exemple, un réfugié (art. 35).

2458 Les autorités centrales et les autres autorités publiques supportent les frais découlant de l'exécution de leurs tâches; toutefois elles peuvent exiger une indemnité raisonnable pour les services fournis (art. 36). Au nombre des frais figurent notamment les coûts d'infrastructure, les dépenses occasionnées par la transmission d'informations, les recherches, la localisation de l'adulte, les démarches en vue d'obtenir un règlement du conflit à l'amiable et les frais d'exécution des mesures. Par «autorités publiques», il faut entendre les autorités administratives des Etats contractants et non les tribunaux. Les frais de procédure judiciaire et les honoraires d'avocat sont donc exclus du champ d'application de cette disposition⁴⁴. Les Etats contractants peuvent conclure entre eux des accords en vue de faciliter leur coopération, ces accords pouvant notamment porter sur la répartition des frais (art. 37). En matière de participation aux frais, les adultes étrangers ayant besoin de protection et les nationaux doivent être traités sur un pied d'égalité.

5.6 Dispositions générales et clauses finales

Toute personne à qui a été confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte peut, à sa demande, se voir délivrer un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés, certificat qui lui permettra de justifier de son action auprès des autorités de tous les autres Etats contractants (art. 38)⁴⁵. Bien que facultatif, l'établissement du certificat revêt indubitablement de l'importance sur le plan pratique. Dans ce document, il n'est pas nécessaire d'indiquer si les pouvoirs de représentation ont été conférés par l'adulte lui-même ou s'ils résultent d'une mesure de protection prise par l'autorité compétente. Le certificat peut également limiter expressément les pouvoirs, voire exclure certains d'entre eux explicitement. Il ne peut être délivré que par les autorités de l'Etat contractant dans lequel la mesure de protection a été prise ou le pouvoir de représentation confirmé. A la différence de la CLaH 96 (art. 40), la CLaH 2000 ne statue pas une compétence des autorités de l'Etat contractant où l'adulte a sa résidence habituelle.

La raison en est qu'en matière de protection des adultes la compétence des autorités de l'Etat de résidence habituelle n'a pas une importance aussi prééminente que dans le cadre de la protection des enfants, ce qui permet de réduire le risque que les autorités de différents Etats établissent des certificats contradictoires. Le certificat n'a qu'une force probante limitée; toutefois, jusqu'à preuve du contraire, la qualité et les pouvoirs indiqués sont tenus pour établis à la date qu'il porte (art. 38, par. 2). Cependant, si ultérieurement les pouvoirs de représentation sont modifiés ou annulés, le tiers de bonne foi qui aura passé des actes avec la personne censée avoir la qualité de représentant de l'adulte ne bénéficiera plus que d'une protection restreinte en se prévalant de la date portée par le certificat et, au surplus, dans les limites posées par l'art. 17. Eu égard au risque constant que les actes soient attaqués avec succès, il incombe au tiers de s'assurer que les pouvoirs de représentation indiqués dans le certificat subsistent. Toutes les données personnelles rassemblées ou transmises conformément à la convention, en particulier celles qui sont enregistrées sur support électronique, doivent être traitées sous le sceau de la confidentialité (art. 39 et 40). Tous les documents utilisés en application de la convention sont dispensés de toute légalisa-

E. 44

P. Lagarde, rapport-CLaH 2000 (op. cit, note 33), p 76, no 142.

E. 45

V. ch. 6.1.

2459 tion (art. 41). Au nombre de ceux-ci figurent notamment les renseignements donnés par écrit, les prononcés des tribunaux et des autorités administratives, et les certificats au sens de l'art. 38. Chaque Etat contractant peut – et non doit – désigner les autorités auxquelles peuvent être adressées les demandes prévues à l'art. 33 (délégation de la compétence de décider d'un placement) et à l'art. 8 (délégation de compétence à une autorité qui semble mieux à même de prendre des mesures). Au surplus, la CLaH 2000 statue qu'elle n'est pas applicable aux conflits entre différents systèmes ou ensembles de règles coexistant au sein d'un même Etat contractant⁴⁶ et définit la loi applicable lorsqu'un Etat comprend plusieurs entités territoriales dont chacune a son propre système juridique (art. 44 à 47). Elle ne déroge pas aux autres instruments internationaux portant sur la même matière auxquels les Etats contractants sont parties⁴⁷ et donne aux Etats contractants la faculté de conclure d'autres accords sur les matières qu'elle règle (art. 49). Conformément aux dispositions transitoires de la CLaH 2000, celle-ci ne s'applique qu'aux mesures prises dans un Etat après son entrée en vigueur pour cet Etat; elles ne doivent être reconnues dans d'autres Etats que si elles ont été prises après l'entrée en vigueur de la convention, dans les rapports entre l'Etat qui les a arrêtées et l'Etat requis (art. 50). Toute communication doit être adressée dans la langue originale de l'Etat émetteur et accompagnée d'une traduction dans la langue officielle de l'Etat destinataire ou, lorsque cette traduction est difficilement réalisable, d'une traduction en français ou en anglais, les Etats pouvant, en formulant une réserve ad hoc, s'opposer à l'utilisation de l'une ou l'autre de ces langues (art. 51). Enfin, à l'instar de la CLaH 96, la CLaH 2000 prévoit la convocation périodique d'une commission spéciale chargée d'examiner le fonctionnement pratique de la convention et, au besoin, d'y apporter des correctifs (art. 52). Quant aux clauses finales (art. 53 à 59), elles ont trait aux ratifications, aux adhésions, aux réserves et déclarations, à l'entrée en vigueur et à la dénonciation de la convention et aux notifications qui incombent au depositaire. 5.7 Réserves et déclarations L'art. 51, par. 2, en liaison avec

l'art. 56 permet à tout Etat contractant de s'opposer à l'utilisation du français ou de l'anglais dans la correspondance, en formulant une réserve à cet effet. Comme dans le cadre de la CLaH 96, il conviendrait que la Suisse s'abstienne de formuler une telle réserve (cf. ch. 4.7). Il n'y a aucune raison d'adopter deux attitudes différentes selon qu'il s'agit de la CLaH 96 ou de la CLaH 2000.

E. 46

Par exemple, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne.

E. 47

En outre, elle remplace la Convention de la Haye du 17 juillet 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues, que la Suisse n'a jamais signée (art. 48, CLaH 2000).

2460 6 Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et sur la mise en œuvre des conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA) 6.1 Autorités centrales de la Confédération et des cantons (art. 1 et 2) 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. Etat fédéral, la Suisse est habilitée à désigner plusieurs autorités centrales; toutefois elle doit désigner une seule autorité centrale à laquelle les autorités étrangères adresseront toute communication en vue de sa transmission aux autorités nationales compétentes (art. 29, par. 2, CLaH 96). Les dénominations des autorités centrales doivent être communiquées au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (art. 45, par. 1, CLaH 96). 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 et des adultes, il convient – 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, RS 211.221.31) – d'instituer pour l'application de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 (et non pour celle de la CE 80 et de la CLaH 80) des autorités centrales dans les cantons. Il leur appartiendra, notamment, d'assurer la transmission des communications et documents aux autorités et tribunaux suisses et étrangers saisis des cas et de favoriser les échanges de vues entre autorités étrangères et suisses. Par ailleurs, sur le plan intérieur, il leur incombera de promouvoir la coordination des actions menées par les autorités cantonales et communales chargées de la protection des enfants et des adultes. Dans le but d'accélérer la procédure, la CLaH 96 (à l'instar, d'ailleurs, de la CLaH 2000) permet aux autorités compétentes pour la protection des enfants et aux tribunaux de communiquer directement avec un interlocuteur étranger clairement identifié, qu'il s'agisse de régler d'un commun accord la question de la compétence, de demander les informations nécessaires pour apprécier la pertinence de mesures de protection à l'égard d'un enfant ou pour statuer sur l'attribution du droit de garde. Ces contacts directs peuvent également servir à demander un rapport sur la situation d'un enfant se trouvant à l'étranger ou encore à recueillir des éléments permettant d'apprécier la nécessité et la proportionnalité d'une mesure. Lesdites autorités conserveront également, par principe, la compétence de conduire les procédures – prévues par la convention – de reconnaissance (facultative), de déclaration de force exécutoire de mesures de protection prises à l'étranger ainsi que de placement à l'étranger. Quant à l'autorité centrale de la Confédération, elle est censée être l'interlocutrice des autres autorités

centrales nationales et remplir une fonction de coordination. La Confédération compte déjà une autorité centrale en matière d'enlèvement international (intégrée dans le service de protection internationale des enfants, près l'Office fédéral de la justice). Elle est chargée non seulement de veiller à l'application de la CLaH 61 et de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH 93) mais encore, au titre de la CLaH 80 et de la CE 80, de traiter les cas d'enlèvements internationaux d'enfants et de conflits transfrontaliers auxquels donne lieu l'exercice du droit de visite. Il semble donc justifié de charger cette autorité d'assumer, en sus, sur le plan interna-

2461 tional, les tâches d'information et de coordination découlant de la ratification de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 et de représenter la Suisse lors de réunions internationales ainsi qu'elle le fait déjà au titre de la CLaH 80, de la CE 80 et de la CLaH 93. Interlocutrice des autorités centrales et administrations étrangères, il lui incombera, en outre, de transmettre à l'autorité compétente, étrangère ou suisse, les communications, de fournir aux autorités étrangères des renseignements sur le droit applicable en Suisse et de leur donner les informations nécessaires sur les autorités et services de protection des enfants existant dans ce pays. 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 CLaH 93; à ce titre, elle devra particulièrement veiller à ce que les nouvelles conventions soient appliquées de manière uniforme. Toutefois, l'autorité centrale de la Confédération ne s'occupe qu'à titre marginal de procédures dans le cas d'espèce, celles-ci ressortissant par principe aux autorités compétentes des cantons. Selon l'art. 40 CLaH 96 et l'art. 38 CLaH 2000, il est loisible aux autorités des Etats contractants de délivrer au titulaire de la responsabilité parentale, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés. Un tel document⁴⁸ devrait revêtir une importance pratique certaine, compte tenu de la mobilité croissante qui caractérise notre société et, plus particulièrement, dans les cas où l'enfant ou l'adulte à protéger possède des biens à l'étranger. Aussi semble-t-il judicieux que les cantons désignent une ou plusieurs autorités compétentes pour recevoir les demandes de certificat, ce qui en facilitera le dépôt.

6.2 Experts et institutions (art. 3) L'autorité centrale de la Confédération veillera, avec la collaboration des cantons, à disposer 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) ou encore représenter les intérêts de l'enfant. Il ne s'agit pas pour la Confédération de financer des formations de personnes chargées de donner des conseils ou de médiateurs mais de mettre en place et d'entretenir une sorte de réseau formé d'institutions et d'experts existants ainsi que de veiller à ce qu'il y ait un véritable échange d'expériences. Il est loisible à l'autorité centrale de la Confédération de déléguer cette tâche à une institution privée (al. 2). Il devrait en coûter quelque 30 000 francs par année à la Confédération, montant dans lequel seraient inclus non seulement les charges inhérentes à la mise en place et à l'entretien d'une sorte de réseau mais encore les coûts de quelques conciliations dans des cas d'espèce, voire lors de déplacements d'enfants hors de Suisse ou hors d'Etats non contractants de la CLaH 80 et de la CE 80 ou vers le territoire de tels Etats. Dans chaque cas particulier, l'autorité centrale doit d'abord d'établir les contacts avec toutes les parties disposées à collaborer ainsi qu'avec les experts ad hoc en Suisse et à l'étranger, puis procéder à une analyse approfondie de la situation et du conflit, qui permette d'identifier les problèmes centraux qui se sont fait jour.

E. 48

Il est recommandé d'utiliser partout la même formule de certificat en s'inspirant du modèle mis au point par la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net).

2462 Ensuite, 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 disponibles 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.

6.3 Procédure de conciliation ou médiation (art. 4) Les discordes auxquelles donnent lieu les retours d'enfants sont très pénibles pour tous les intéressés et peuvent dégénérer en procédures longues et coûteuses. Aussi est-il de première importance – ne serait-ce que pour le bien des enfants – de chercher à aboutir rapidement et durablement à un accord amiable. L'initiative peut partir de l'autorité centrale. Toutefois, dans nombre de cas, elle incombera au tribunal, dès que celui-ci aura été saisi de la demande de retour (soit par le truchement de l'autorité centrale, soit directement par le requérant; art. 8, al. 1). Il y a lieu d'attacher beaucoup de prix à ce que tous les intéressés participent activement à la recherche d'une solution amiable. L'enfant doit également être associé à ce processus. Il sera parfois difficile de motiver la partie requérante à se rendre en Suisse lorsqu'elle réside dans un Etat très éloigné. Outre l'effet dissuasif qu'exercent les frais de voyage élevés, la personne en cause sera aussi, bien souvent, paralysée par la crainte d'être impliquée dans une procédure pénale à la suite d'une plainte pénale déposée pour non paiement de pensions alimentaires ou d'une accusation de mauvais traitements, etc. Pourtant, sa présence faciliterait souvent le règlement du litige, même s'il existe aujourd'hui des moyens de communication pratiques (p.ex. conférence vidéo). Dans toute la mesure du possible, il y a lieu d'élucider la cause de tels blocages (en particulier, il peut se révéler judicieux que l'autorité de poursuite pénale compétente examine l'opportunité d'accorder un sauf-conduit), voire d'octroyer une aide financière dans les situations exceptionnelles, aide qui se justifie d'autant plus que la conclusion d'un accord à l'amiable permet de réaliser une économie notable (frais judiciaires et honoraires d'avocat).

6.4 Retour et intérêt de l'enfant (art. 5) Afin d'assurer une application de la CLaH 80 mieux adaptée aux intérêts de l'enfant, il est nécessaire que le législateur définisse un ensemble de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable. La réglementation prévue à l'art. 5 n'est pas censée remplacer celle qui figure à l'art. 13, par. 1, let. b, CLaH 80. Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention. Tout d'abord la let. a se réfère aux cas dans lesquels l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, notamment parce que le parent qui a introduit la demande est le seul à exercer le droit de garde ou le seul à pouvoir être investi d'une telle responsabilité, il n'y a en principe pas lieu de craindre que l'enfant soit placé dans une

2463 situation intolérable à son retour, de sorte qu'il n'y a aucune raison de refuser celui-ci. Il en va autrement lorsque, aux yeux du tribunal, il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant. La let. b règle les cas dans lesquels l'opportunité du retour de l'enfant ne peut être appréciée que sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement. Lorsque l'hébergement de l'enfant

chez le parent qui a fait la demande de retour n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème de son retour dans l'Etat de provenance se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (il s'agit très souvent de la mère) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat. Si elle n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant ou parce qu'elle entretient en Suisse un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse), il peut y 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 des cas exceptionnels et doit constituer une *ultima ratio*. Second cas de figure: celui dans lequel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait raisonnablement exiger du parent ravisseur qu'il prenne soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (art. 5, let. b). Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet Etat. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, nous songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. Entrent ensuite en ligne de compte les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant. En pareille occurrence, l'enfant ne serait reconduit dans l'Etat de provenance que pour y attendre l'attribution définitive du droit de garde au parent auteur de l'enlèvement, avant de retourner à nouveau en Suisse avec ce dernier. Or un tel aller-retour ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'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, laquelle justifierait une décision négative de retour en vertu de l'art. 13, par. 1, let. b, CLaH 80. La let. c se réfère au placement auprès de tiers. En effet, si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation du parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement (parce que le retour est impossible à ce dernier ou ne saurait être raisonnablement exigé de lui), il ne pourrait être exécuté dans des conditions convenables que si l'enfant pouvait être placé chez des tiers dans son Etat de provenance. Toutefois, une telle

2464 solution ne doit être recherchée et, partant, amener le tribunal suisse compétent à ordonner le retour de l'enfant que si le placement auprès de tiers n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette troisième condition ne peut être remplie que si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant – ce qui peut être le cas lorsqu'il entretient avec ce parent une relation conflictuelle – et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier. En tout état de cause, une telle solution ne doit être envisagée qu'à

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

6.5 Mesures de protection (art. 6)

Au besoin, le tribunal règle également, pour la durée de la procédure de retour, le droit de visite du parent resté dans l'Etat de provenance. Ce premier contact sert à instaurer la confiance de ce parent envers le tribunal. Il est de nature à déboucher ultérieurement sur l'ouverture de pourparlers en vue d'une conciliation. Si l'intégrité physique ou psychique d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse est menacée, si celui-ci risque d'être caché par son ravisseur ou déplacé vers un 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. Ainsi donc, le tribunal est non seulement compétent pour régler les relations personnelles de l'enfant avec ses parents pour la durée de la procédure et nommer un représentant de l'enfant, mais encore et de manière générale pour ordonner des mesures de protection de l'enfant et en particulier des mesures provisionnelles (art. 6, al. 1). Dans certains cas, il peut se révéler judicieux de désigner un curateur pour l'enfant (art. 9, al. 3) ou d'ordonner d'autres mesures de protection sans qu'aucune demande de retour n'ait encore été déposée devant le tribunal cantonal compétent. S'il s'agit d'un cas d'enlèvement porté à la connaissance de l'autorité centrale, celle-ci – de même que les parties d'ailleurs – doit pouvoir requérir du tribunal qu'il ordonne de

2465 telles mesures (art. 6, al. 2). Cette démarche a pour principal avantage de permettre à l'enfant de disposer d'un représentant apte à défendre ses intérêts dans une procédure de conciliation ou lors d'une médiation initiée à l'instigation de l'autorité centrale.

6.6 Tribunal compétent (art. 7)

Le fait que, bien souvent, les procédures judiciaires et d'exécution des décisions ont une durée excessive parce que la plupart font appel à plusieurs instances est contraire à la maxime de célérité (art. 2 et 11 CLaH 80, art. 14 CE 80) et ne va pas dans le sens des intérêts de l'enfant. Aussi convient-il de ne plus prévoir qu'une seule et unique instance au niveau des cantons (art. 7, al. 1). Puisque la procédure menée au titre de la CLaH 80 et de la CE 80 est sujette à recours devant le Tribunal fédéral, l'instance en question doit être l'autorité cantonale de recours (Cour suprême, Tribunal cantonal)⁴⁹. La compétence de cette instance cantonale s'étend à toutes les décisions à prendre à l'égard d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse. Celles-ci comprennent, outre le prononcé portant sur la demande de retour, toutes les mesures de protection nécessaires, y compris la réglementation des relations personnelles entre parents

et enfants pendant la procédure et, jusqu'à la clôture d'une éventuelle procédure d'exécution, la désignation d'un curateur à l'enfant et les décisions relatives à l'exécution du retour. Lorsque le jugement rendu par l'instance cantonale est attaqué devant le Tribunal fédéral, celui-ci est compétent, jusqu'à la fin de la procédure de recours, pour prendre les mesures de protection qui s'imposent (art. 104 LTF). Contrairement au souhait exprimé par le Tribunal fédéral, il n'est pas indiqué de déroger au principe de l'unité de la procédure de recours, cela d'autant moins qu'une telle dérogation pourrait être de nature à rendre plus complexe et à prolonger cette procédure qui, en règle générale, dure six semaines au maximum. L'instance cantonale est également compétente pour prendre les décisions visées aux art. 14 et 15. Si le retour de l'enfant est définitivement refusé, la compétence de pourvoir aux besoins de l'enfant passe aux tribunaux ordinaires. Est compétent à raison du lieu le tribunal du canton où l'enfant a sa résidence habituelle (art. 7, al. 1). Le principe selon lequel une compétence, une fois établie, ne devient pas caduque par suite du déplacement du point de rattachement déterminant (*perpetuatio fori*) s'applique également en l'occurrence. L'application de ce principe peut poser des problèmes pratiques dans certains cas, notamment lorsque l'enfant a un nouveau lieu de résidence situé dans une autre région du pays. En pareille occurrence, le tribunal du for doit pouvoir demander au tribunal qui serait compétent à raison du nouveau lieu de résidence de l'enfant s'il est disposé à reprendre le cas. Si ce tribunal répond par l'affirmative et si les parties consentent à ce que la cause lui soit transférée, la compétence lui est transférée (art. 7, al. 2). Il est aussi possible – moyennant l'accord des parties et le consentement du tribunal requis – de transférer une procédure dans un autre canton, lorsque la cause est très complexe et que le tribunal compétent ne dispose pas d'un savoir-faire suffisant pour en connaître. La cause peut alors être transmise au tribunal compétent d'un

E. 49

Cf. art. 75, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) qui est entré en vigueur le 1er janvier 2007 (RS 173.110)

2466 canton voisin lorsqu'il dispose de plus d'expérience des affaires d'enlèvement d'enfants, pour autant que ce tribunal et les parties consentent à ce transfert (art. 7, al. 2).

6.7 Procédure judiciaire (art. 8) Afin d'obtenir rapidement un règlement à l'amiable du litige, le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. (art. 8, al. 1). S'agissant du déroulement concret de la procédure de conciliation et de médiation, les intéressés s'en tiendront aux règles fixées par l'autorité et aux modalités de négociation qui ont cours dans la pratique. Ils voueront une attention particulière à la vulnérabilité de l'enfant et à la tension émotionnelle des parents. Compte tenu de la maxime de célérité statuée par la Convention de La Haye (dans la mesure du possible, l'ensemble de la procédure devrait être clôturée en l'espace de six semaines; cf. art. 11 CLaH 80), le tribunal doit fixer un terme à ces tentatives. Le tribunal est informé de ce que ces tentatives ont pris fin. Les faits révélés et les avis exprimés par les intéressés dans le cadre de la procédure de conciliation ou de la médiation ne peuvent être communiqués au tribunal que si ces derniers y consentent. Si la tentative de conciliation ou de médiation échoue, la procédure judiciaire proprement dite débute. Conformément à la maxime de célérité statuée à l'art. 11, par. 2, CLaH 80 et à l'art. 14 CE 80, cette procédure doit être conduite de manière simple et rapide. En attendant l'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse, il y a lieu d'appliquer la procédure sommaire (art. 8, al. 2, cf. également art. 297, let. a P-CPC). La partie demanderesse peut saisir directement les tribunaux de la cause

sans en informer les autorités centrales suisses et étrangères (art. 29 CLaH 80). Cependant, l'autorité centrale de la Confédération ne peut remplir correctement ses fonctions d'organe de conseil et d'information ni son rôle d'intermédiaire que si elle est informée régulièrement des cas pendants devant les tribunaux et du déroulement des procédures.

Aussi les tribunaux sont-ils tenus de la renseigner sur l'état d'avancement des procédures et de lui communiquer leurs décisions (art. 8, al. 3). S'agissant du déroulement de la procédure au sens de la CLaH 80, l'autorité centrale peut, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'Etat de provenance, demander les raisons qui n'ont pas permis de clore l'affaire dans le délai de six semaines (art. 11, par. 2, CLaH 80). Elle a également le droit de participer à la procédure cantonale dans la mesure où la décision pourrait violer la législation fédérale qui concerne son domaine d'attributions (art. 111, al. 2, LTF).

6.8 Audition et représentation de l'enfant (art. 9) Dans la mesure du possible, le tribunal entend les parties en personne (art. 9, al. 1). Il peut être nécessaire de faciliter le voyage en Suisse au parent vivant à l'étranger qui a requis le retour de l'enfant et, au besoin, de lui accorder une aide financière pour couvrir ses frais de voyage. En effet, la présence des deux parents peut être déterminante pour la compréhension de la situation de l'enfant. Il convient d'éviter autant que possible que le parent demandeur qui vit dans un pays lointain soit obligé d'effectuer deux voyages vers la Suisse. Aussi la procédure doit-elle être conçue de

2467 telle sorte qu'en cas d'échec de la tentative de médiation, la procédure judiciaire proprement dite débute immédiatement par l'audition des parties. L'enfant est entendu d'office (art. 9, al. 2), dans la mesure où son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Au demeurant, s'agissant de l'exécution de l'audition et d'éventuelles dérogations au principe de l'audition, il y a lieu de s'en tenir à la pratique qui s'est développée en relation avec les art. 144, al. 2, et 314, ch. 1, CC. Le tribunal peut confier l'audition à des experts (par exemple, au sens de l'art. 3). Le tribunal doit nommer un représentant pour l'enfant (art. 9, al. 3). En qualité de curateur, il lui désigne une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Cette personne peut formuler des requêtes et déposer des recours. Elle représente l'enfant tout au long de la procédure jusqu'à la fin de l'exécution du retour. Le curateur ne doit pas seulement disposer des connaissances juridiques nécessaires dans les cas d'enlèvement d'enfants; il faut encore qu'il soit apte à conseiller et à écouter l'enfant et comprenne ses origines culturelles, sociales et familiales. En outre, lorsqu'ils choisissent le représentant de l'enfant, les tribunaux doivent veiller à ce qu'il ait une expérience suffisamment solide pour sauvegarder les intérêts de l'enfant en toute indépendance et sans se laisser trop influencer par les parents. Les experts et institutions mentionnés à l'art. 3 devraient faciliter l'accès à des personnes qualifiées pour assurer la représentation de l'enfant.

6.9 Collaboration internationale (art. 10) Une voie particulièrement utile pour obtenir des renseignements sur la situation qui attend l'enfant en cas de retour passe par le contact avec les autorités locales, assuré le plus souvent par les autorités centrales. Dans le cadre d'une procédure de retour, le tribunal compétent peut notamment avoir besoin de recueillir auprès d'un organisme neutre des informations sur les conditions d'accueil de l'enfant chez la partie demanderesse, à un autre endroit où l'enfant est censé vivre à son retour, ou encore au cas où un placement chez des tiers pourrait entrer en ligne de compte. Si ces informations ne sont pas satisfaisantes au regard de l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de demander aux autorités compétentes dans l'Etat de provenance si elles sont disposées à ordonner ou à garantir les mesures nécessaires à la protection de l'enfant. Pour pouvoir statuer sur la demande de retour, le tribunal compétent

doit avoir une connaissance aussi complète que possible des conditions d'accueil qui attendent l'enfant. Le juge devra surtout chercher à déterminer si et de quelle manière peut être assuré le retour de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle immédiatement avant d'avoir été déplacé ou retenu illicitement (art. 10, al. 2). Si l'audition personnelle des intéressés lui fournira de précieux renseignements à cet égard, il n'en devra pas moins utiliser tous les canaux disponibles et notamment établir les contacts nécessaires par le truchement de l'autorité centrale et des experts, contacts qui l'aideront à obtenir des informations sur la situation dans l'Etat de provenance. Aux fins d'assurer un retour rapide et sûr de l'enfant le juge devra également enquêter sur les personnes qui accompagneront l'enfant durant le voyage, les futures conditions d'hébergement de celui-ci enfin sur les mesures de protection qui seront prises.

2468 6.10 Décision de retour (art. 11) Si le tribunal tranche en faveur de la partie qui a demandé le retour de l'enfant, il règle également les modalités de l'exécution de telle sorte que celle-ci n'exige plus de nouvelle procédure judiciaire (art. 11, al. 1). La décision statuant le retour de l'enfant et l'ordonnance d'exécution produisent effet dans l'ensemble de la Suisse (art. 11, al. 2). Elles ne peuvent plus être remises en cause, lors d'un changement de domicile dans un autre canton, par exemple. Les mesures d'exécution doivent être ordonnées de telle manière qu'elles resteraient praticables également au cas où un recours serait formé devant le Tribunal fédéral. Si elles ne restent pas praticables, le Tribunal fédéral arrête les nouvelles mesures nécessaires. Lorsqu'un tribunal arrête une mesure, il doit tenir compte du fait que son exécution ne doit pas aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et ne pas perdre de vue la nécessité de laisser à l'autorité chargée de l'exécution suffisamment de temps pour s'efforcer d'obtenir que le retour ait lieu volontairement (art. 12, al. 2). A cette fin, il aurait avantage à consulter l'autorité du canton concerné qui est compétente pour assurer l'exécution de même que l'autorité centrale.

6.11 Exécution de la décision (art. 12) Les autorités des communes et celles des districts étant parfois dépassées dès lors qu'il s'agit d'exécuter le retour dans un Etat étranger d'un enfant enlevé, le projet prévoit que les cantons désignent une seule autorité pouvant disposer du savoir-faire et des capacités nécessaires, qui sera chargée d'assurer ce retour (art. 12, al. 1) et d'exécuter les mesures de protection visées à l'art. 6. L'exécution du retour ne doit pas être opérée selon un mode qui traumatise l'enfant et constitue une menace pour sa santé psychique ou physique. En d'autres termes, l'intérêt de l'enfant doit être au centre des préoccupations de l'autorité chargée de l'exécution (art. 12, al. 2). Le retour volontaire est le meilleur moyen de tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Aussi, l'autorité doit s'employer à amener les parties à convenir à l'amiable du retour, épargnant ainsi à l'enfant l'exécution de la décision par des tiers.

6.12 Modification de la décision de retour (art. 13) A l'instar des mesures de protection des mineurs en général, la décision ordonnant le retour d'un enfant doit pouvoir être reconsidérée mais à des conditions très strictes. Il se peut aussi que des faits nouveaux modifient la situation à ce point qu'il faille rendre une nouvelle décision (art. 13, al. 1). Cette reconsidération ne doit toutefois pas sortir des limites posées par la convention; en effet, les motifs qui pourraient s'opposer à un retour sont identiques à ceux qui valent dans toute autre procédure conduite en cas d'enlèvement international d'enfants. En général, une situation conduisant à une modification de la décision de retour ne se présente que si un certain laps de temps s'est écoulé entre le prononcé de la décision et l'exécution (manquée ou non demandée). Les faits nouveaux justifiant une modification de la décision peuvent être de plusieurs ordres: modification notable de la situation familiale de l'enfant, des conditions d'existence de l'un ou l'autre des parents, voire des

2469 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. Devant de telles situations, il importe tout d'abord que le tribunal suspende l'exécution de la décision de retour initialement prononcée. La nouvelle procédure se déroule conformément aux dispositions ad hoc de la convention et de la loi. Si le tribunal parvient à la conclusion que les faits nouveaux invoqués ne sont pas suffisamment pertinents pour justifier le refus du retour, il confirme sa première décision tout en adaptant les mesures d'exécution à la nouvelle situation. En revanche, s'il décide de refuser définitivement le retour, non seulement il suspend l'exécution de celui-ci mais encore annule la décision de retour en tant que telle. Si des circonstances extraordinaires imprévisibles se produisent, elles peuvent avoir pour effet d'obliger l'autorité à suspendre ou à différer l'exécution du retour. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'enfant ou une personne proche désignée pour l'accompagner est atteint par la maladie. Font également partie de ces circonstances des événements graves qui se sont inopinément produits dans l'Etat du retour, tels que faits de guerre, catastrophes naturelles, ou maladie affectant les personnes qui ont été désignées pour accueillir l'enfant.

6.13 Frais (art. 14) Cette disposition se réfère à l'article 26 CLaH 80 et à l'art. 5, par. 3, CE 80 qui disposent que l'activité de l'autorité centrale et des tribunaux est, en principe, sans frais pour les parties. A cela, il convient d'ajouter que, dans le cadre des procédures couvertes par la CLaH 80, les tribunaux suisses n'accordent pas la gratuité si l'Etat requérant a formulé une réserve quant à l'application de ce principe (art. 26, par. 2, en liaison avec l'art. 42 CLaH 80, règle de la réciprocité). L'art. 14 du projet de loi précise – et c'est là une modification par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral – que les recours formés devant celui-ci font également partie de la procédure au sens de l'art. 26, par. 2, CLaH 8050. Telles que prévues, les améliorations de la procédure peuvent engendrer des coûts supplémentaires. Nous pensons notamment à ceux qu'occasionneront la mise en place et le recours au réseau d'experts (art. 3), la procédure de conciliation ou la médiation (art. 4) et l'octroi de contributions financières aux parties qui ont introduit une demande de retour pour leur permettre de se rendre en Suisse afin d'y être entendues. Ces coûts doivent toutefois être mis en balance avec le gain que l'on obtiendra si l'on parvient à faire en sorte que les parties aboutissent à un accord amiable. Non seulement on épargnera ainsi de grandes souffrances à l'enfant, mais encore on évitera aux autorités étatiques et aux services sociaux ainsi qu'aux assurances les frais liés à l'exécution d'un retour forcé, frais qui peuvent perdurer même après le retour de l'enfant si celui-ci doit subir des préjudices psychiques ou physiques dont la réparation sera inéluctablement à la charge des pouvoirs publics ou des assurances.

E. 50

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. Or, cette pratique a 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.

2470 6.14 Modifications du droit en vigueur 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. On fera donc directement référence à la CLaH 2000. En revanche, la CLaH 61 continuera de s'appliquer en matière de protection des enfants dans le cadre des relations avec les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH 96 (art. 51 CLaH 96). Aux termes 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 règle est maintenue. Elle permettra aux autorités suisses de continuer (comme les y autorise du reste l'actuel art. 4 CLaH 61) à prendre des mesures à l'égard d'enfants et d'adultes domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection, lorsque les autorités de l'Etat où ils ont leur résidence habituelle négligent de le faire. Il s'agit, au premier chef, de personnes qui ont leur résidence habituelle dans un Etat non contractant et sont de nationalité suisse. S'agissant de la compétence de prendre des mesures et de la reconnaissance et de l'exécution des décisions ou mesures étrangères, le champ d'application géographique des deux conventions se limite pour l'essentiel au territoire des Etats contractants. Il en résulte, dans la LDIP, une lacune en ce qui concerne la reconnaissance des mesures et décisions prises dans les Etats qui ne sont pas parties à ces conventions, lacune que permet précisément de combler le nouvel al. 4. 7 Justification et appréciation de la solution proposée Protéger les enfants et les adultes ayant besoin d'assistance est un objectif primordial de tout régime juridique. Eu égard à la mobilité croissante des individus, la Suisse a intérêt à ne pas perdre de vue cet objectif, y compris dans le domaine du droit international privé. Aussi doit-on se féliciter de ce qu'en matière de protection des enfants et des adultes, le droit international privé (CLaH 96 et CLaH 2000), de même que la législation visant à mettre en œuvre les conventions sur l'enlèvement international d'enfants, fixent des règles impératives. Les conventions de La Haye présentent, en outre, l'avantage non négligeable d'avoir un champ d'application qui n'est pas limité à l'Europe. Analysées sous l'angle du droit international privé, les lignes de force de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 sont en harmonie avec le droit suisse en vigueur de même qu'avec la doctrine juridique qui prévaut dans notre pays. Ce constat vaut en particulier pour le recul de plus en plus sensible que subit le principe de la nationalité dans le domaine de la protection des enfants et des adultes. Si ce principe joue encore un rôle important dans le cadre de la CLaH 61 (v. ch. 1), ce rôle fait l'objet de critiques de plus en plus vives. Dans la CLaH 96 et la CLaH 2000, le principe de la nationalité est nettement supplanté par la règle selon laquelle l'autorité compétente et le

2471 droit applicable sont ceux de l'Etat contractant où l'enfant ou l'adulte a sa résidence habituelle. Ces deux conventions prennent donc en compte le fait qu'en règle générale, les tribunaux et autorités administratives de cet Etat sont les mieux à même d'assurer la protection des enfants et de fournir aux adultes une assistance idoine lorsqu'ils en ont besoin. Le recul subi par le principe de la nationalité a pour effet que les conflits de lois, usuels en droit international privé, perdent de leur importance⁵¹. En contrepartie, la coopération entre les autorités chargées de la protection des enfants et des adultes dans les différents Etats joue un rôle de plus en plus décisif. En ratifiant la CLaH 2000, la Suisse s'engagera à reconnaître le «mandat pour cause d'inaptitude» (art. 15). Cette reconnaissance s'inscrit parfaitement dans la ligne de la révision prévue du code civil (v. ch. 1) qui vise à régler de manière explicite tant le mandat pour cause d'inaptitude que les

directives anticipées du patient (art. 360 à 373, P-CC, FF 2006 6767). S'il devait y avoir conflit entre des normes de droit international public auxquelles la Suisse a souscrit et les dispositions impératives du droit interne, ces dernières prévaudraient puisque l'art. 20, CLaH 2000 réserve explicitement leur applicabilité. Les clauses de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 qui règlent la compétence, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions et mesures sont d'applicabilité directe. En d'autres termes, leur mise en œuvre ne nécessite pas l'adoption d'une loi fédérale. Il suffit de prévoir un renvoi aux deux conventions à l'art. 85 LDIP, tel qu'il en existe un aujourd'hui. Il n'en va pas de même des dispositions de ces conventions qui régissent l'institution d'une autorité centrale et la coopération des autorités des Etats contractants dans les domaines de la protection des enfants et des adultes. Leur concrétisation exige, en effet, l'adoption d'une loi fédérale définissant les modalités selon lesquelles la Suisse s'acquittera des engagements internationaux qu'elle a contractés dans lesdits domaines. Cette loi permettra de définir de manière claire et précise les compétences et les responsabilités des différents acteurs, réglées de façon souvent très générales dans les deux conventions. Une réglementation similaire figure dans la loi relative à la Convention de La Haye sur l'adoption (LF-CLaH, notamment aux art. 2 et 3). Enfin, l'adoption d'une loi sur la mise en œuvre de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 permet d'assurer une coordination optimale entre cette mise en œuvre et l'exécution de la CLaH 80 et de la CE 80.

8 Conséquences financières et incidences sur le personnel

8.1 Pour la Confédération En cas de ratification de la CLaH 96 et de la CLaH 2000, l'autorité centrale de la Confédération devra assumer des tâches supplémentaires qui se traduiront par un léger surcroît de travail pour le service qui remplit les fonctions de cette autorité. A

51 Sont réservés les instruments internationaux moins récents qui obligent la Suisse à prendre en compte le principe de la nationalité dans une plus large mesure que ne le font la CLaH 96 (art. 52, par. 1) et la CLaH 2000 (art. 49, par. 1). Nous songeons par exemple aux clauses régissant le droit des personnes et le droit de la famille qui sont contenues dans la Convention d'établissement entre la Confédération suisse et l'Empire de Perse du 25 avril 1934 (art. 8, par. 3 et 4; RS 0.142.114.362; ATF 130 III 410 ss).

2472 la lumière de l'expérience acquise en matière d'enlèvement international d'enfants, d'adoptions internationales et d'exécution de la CLaH 61 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 %. En outre, le recours aux services d'experts et d'institutions spécialisées induira des coûts de l'ordre de 30 000 francs (v. ch. 6.2).

8.2 Pour les cantons et les communes Ainsi qu'ils le font déjà au titre de l'exécution de la CLaH 61, les cantons traiteront directement des cas concrets de protection d'enfants et d'adultes ayant des implications au niveau international. Les cantons qui jusqu'alors avaient une organisation décentralisée devront désigner une autorité centrale – il s'agira le plus souvent d'un service administratif existant – par exemple celui qui fait déjà fonction d'autorité centrale chargée d'appliquer la Convention de La Haye sur l'adoption internationale. Le partage des compétences selon des règles claires et le renforcement de la coopération internationale induit par la nouvelle réglementation devraient même avoir pour effet de faciliter aux autorités cantonales l'exécution des tâches leur incombant selon la CLaH 96 et la CLaH 2000. En outre, les cantons qui ont rarement à traiter de cas ayant des implications internationales pourront collaborer avec d'autres, plus expérimentés, et tirer parti des échanges d'expérience au sein de groupes de travail intercantonaux, tels qu'ils existent déjà

au titre de l'application de la convention sur l'adoption internationale. Le principe de la gratuité au sens de l'art. 38 CLaH 96 et de l'art. 36 CLaH 2000 ne s'applique pas aux procédures judiciaires ni à l'assistance judiciaire. Quand bien même les cantons demeurent compétents en matière d'organisation judiciaire, ils devront procéder à certaines adaptations requises par la mise en œuvre de la nouvelle loi fédérale. Toutefois, le fait que celle-ci attribue aux tribunaux cantonaux supérieurs statuant en instance unique la compétence de connaître des demandes de retour, ce qui, en cette matière, revient à abolir les voies de recours sur le plan cantonal, devrait se traduire par un allègement des charges de personnel et des charges financières. Par ailleurs, l'obligation de tenter de régler à l'amiable des litiges (procédure de conciliation et médiation) avant l'ouverture d'une procédure judiciaire pourrait avoir pour effet de raccourcir, voire de rendre superflues des procédures judiciaires et d'exécution, d'où d'importantes économies. La désignation d'un curateur à l'enfant pour toute la durée de la procédure, dans le but de mieux préserver les intérêts de ce dernier, induit, en revanche, une hausse des coûts.

8.3 Conséquences économiques

L'instauration d'une autorité centrale au niveau de la Confédération et dans chaque canton, au titre de la CLaH 96 et de la CLaH 2000, se traduira par un accroissement des dépenses publiques. Toutefois, cet inconvénient doit être mis en balance avec le bénéfice non quantifiable que les enfants et adultes à protéger de même que les autorités chargées de prendre les mesures retireront de la nouvelle réglementation, qui permet de renforcer la coopération internationale et de faciliter l'entraide judiciaire dans le domaine de la protection des enfants et des adultes.

2473 Les nouvelles règles de procédure applicables dans les cas d'enlèvement international d'enfants permettront de régler les conflits plus rapidement et, ainsi, de mieux répondre aux intérêts de l'enfant. Elles sont de nature à déboucher sur des solutions amiables et durables, permettant d'éviter aux enfants concernés des déracinements répétés, une coupure d'avec l'un ou l'autre de leurs parents, ou d'éprouvantes mesures d'exécution forcée.

9 Lien avec le programme de la législature

Le projet de loi qui vous est soumis n'a pas été annoncé dans le Programme de la législature 2003 à 2007. Toutefois, ainsi que nous l'avons exposé aux ch. 2.2. à 2.4., il est impérieux de légiférer pour permettre la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants. La décision de soumettre la CLaH 96 et la CLaH 2000 à l'approbation du Parlement en même temps que le projet de loi a été prise en raison de la connexité des matières dont traitent ces textes.

10 Aspects juridiques

10.1 Compétences de la Confédération

L'arrêté d'approbation se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution⁵² qui statue que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération et, partant, habilite celle-ci à conclure des traités internationaux. En vertu de l'art. 166, al. 2, de la Constitution, les deux conventions doivent être soumises à l'approbation de l'Assemblée fédérale. Quant à la compétence de la Confédération d'adopter la loi dont le projet vous est soumis, elle est fondée sur l'art. 122 Cst.

10.2 Référendum facultatif en matière de traités internationaux

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, de la Constitution, sont sujets au référendum les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, prévoient l'adhésion à une organisation internationale, contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. Aux termes de l'art. 22, al. 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁵³, sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. De telles normes sont importantes lorsque leur objet doit être réglé en droit interne sous la forme d'une loi fédérale au sens de

l'art. 164, al. 1, de la Constitution. Les deux conventions de La Haye dont la ratification vous est proposée sont dénonçables en tout temps et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Leur mise en œuvre exige toutefois l'adoption de normes du degré législatif, notamment en ce qui concerne la désignation des autorités centrales

52 RS 101 53 RS 171.10

2474 (art. 29 s. CLaH 96, art. 28 s., CLaH 2000). Par voie de conséquence, les deux conventions sont sujettes au référendum. Sous l'angle formel, la nouvelle loi fédérale dont l'adoption vous est proposée fait partie intégrante de l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (CLaH 96 et CLaH 2000). Ce mode de légiférer se fonde sur l'art. 141a de la Constitution. Il eût été également envisageable de soumettre la loi à l'approbation des conseils législatifs, séparément des deux conventions susmentionnées, puisque cette loi contient des dispositions qui tendent, au premier chef, à la mise en œuvre de la CLaH 80 et de la CE 80, instruments que la Suisse a déjà ratifiés. Toutefois, comme la loi comporte aussi des normes qui visent à concrétiser les deux conventions soumises à votre approbation, nous avons opté pour la solution prévue à l'art. 141a de la Constitution.

10.3 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Dans le domaine de la protection des enfants, la Suisse n'est liée à d'autres Etats que par la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (CLaH 61) qu'il est explicitement prévu de remplacer par la CLaH 96 (art. 51 CLaH 96). La CLaH 61 continuera toutefois de s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui ne sont pas parties à la CLaH 96. La loi fédérale dont le projet vous est soumis respecte, en particulier, les garanties de procédure statuées aux art. 6 et 8 CEDH. Par ailleurs, la nouvelle loi, s'inspirant en cela de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (notamment de l'art. 12 de cette convention), accorde plus d'importance à la consultation de l'enfant et à la représentation de ses intérêts que ne le fait actuellement le code civil (art. 144 ss). La ratification de la CLaH 96 et de la CLaH 2000 de même que le projet de loi qui vous est soumis sont également compatibles avec le droit européen. Au sein de l'Union européenne, le Règlement du 27 novembre 2003 no 2201/2003 du Conseil (CE) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale («règlement- Bruxelles II a»)⁵⁴ est en vigueur depuis le 1er mars 2005. Il n'entre toutefois pas en concurrence avec la CLaH 96, pas plus qu'il ne la remplace, car il ne règle pas la reconnaissance de décisions prises par les autorités d'Etats tiers et ne contient pas de règles de conflit de lois visant à déterminer la loi applicable.

54 JO L 338 du 23.12.2003, p. 1

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message concernant la mise en oeuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en oeuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2007 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 16 Cahier Numero Geschäftsnummer 07.029 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 17.04.2007 Date Data Seite 2433-2474 Page Pagina Ref. No 10 140 522 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises

par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

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