



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

GRANDE CHAMBRE

AFFAIRE NEULINGER ET SHURUK c. SUISSE

(Requête n° 41615/07)

ARRÊT

STRASBOURG

6 juillet 2010

Cet arrêt est définitif. Il peut subir des retouches de forme.

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,
Boštjan M. Zupančič,
Elisabet Fura,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

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 (n° 41615/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont deux ressortissants de cet Etat, M^{me} 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 M^e Lestourneaud, 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 alléguaient 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 Convention, elle a en outre décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire. Elle a également décidé de la traiter en priorité, en vertu de l'article 41 du règlement.

7. La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

8. Le 14 février 2008, des observations ont été reçues de M. Shai Shuruk, le père du requérant, admis comme tiers intervenant conformément à l'article 44 § 2 du règlement de la Cour.

9. Le 8 janvier 2009, une chambre composée des juges Christos Rozakis, président, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a rendu un arrêt. A l'unanimité, elle a déclaré le grief tiré de l'article 8 de la Convention recevable et le surplus de la requête irrecevable. Par quatre voix contre trois, elle a conclu à la non-violation de l'article 8. A l'arrêt se trouvaient joints les exposés des opinions séparées dissidentes des juges Kovler, Steiner et Spielmann.

10. Le 31 mars 2009, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 5 juin 2009. Il a par ailleurs confirmé l'application des mesures provisoires prises en vertu de l'article 39 du règlement.

11. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

12. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

13. Des observations ont également été reçues de M. Shuruk. Toutefois, celles-ci ne respectant pas les conditions prévues à l'article 44 §§ 2 et 4 du

règlement combiné avec l'article 36 § 2 de la Convention, elles n'ont pas été versées au dossier.

14. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 octobre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. SCHÜRMAN, chef de l'unité Droit européen et Protection internationale des droits de l'homme, Office fédéral de la justice, *agent*,
D. URWYLER, chef suppléant de l'unité Droit international privé, Office fédéral de la justice, *conseil*,
M^{me} C. EHRICH, collaboratrice scientifique, unité Droit européen et Protection internationale des droits de l'homme, Office fédéral de la justice, *conseillère* ;

– *pour les requérants*

M^{es} A. LESTOURNEAUD, avocat,
P. LESTOURNEAUD, avocate,
M.-E. FAVRE,
Y. ZANDER, *conseils*,
M. MARQUEZ-LESTOURNEAUD, *conseillère*.

La requérante était également présente.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{es} A. Lestourneaud, P. Lestourneaud, Favre et Zander et M. Schürmann. Elle a également entendu les réponses des représentants des parties aux questions de juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

15. Les requérants sont nés respectivement en 1959 et en 2003 et résident à Lausanne (canton de Vaud).

16. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

17. La requérante, qui déclare être de confession juive, décida en 1999 de s'établir en Israël. Elle y fit la connaissance d'un ressortissant israélien, également de confession juive. Ils se marièrent le 23 octobre 2001 en Israël

et eurent un enfant, Noam, de nationalités israélienne et suisse, qui naquit à Tel Aviv le 10 juin 2003.

18. Selon les dires des requérants, le père de l'enfant adhéra à l'automne 2003 au mouvement juif « Loubavitch », qu'ils décrivent comme ultra-orthodoxe, radical et pratiquant un prosélytisme intense.

19. Des difficultés conjugales surgirent alors et la requérante, redoutant que son mari n'emmène leur fils dans une communauté « Loubavitch-Habad » à l'étranger pour lui inculquer ses préceptes religieux, demanda au tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv de rendre une ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien visant Noam. Le 20 juin 2004, le tribunal prononça une interdiction de sortie qui devait prendre fin à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire le 10 juin 2021, à moins d'être annulée par le tribunal entre-temps.

20. Par une ordonnance provisoire du 27 juin 2004, le même tribunal attribua la garde provisoire (*temporary custody*) de l'enfant à la mère et demanda aux services sociaux de Tel Aviv de procéder à une enquête d'urgence. L'autorité parentale (*guardianship*) devait être exercée conjointement par les deux parents.

21. Par une décision du 17 novembre 2004, le tribunal, suivant les recommandations d'une assistante sociale, confirma l'attribution de la garde de l'enfant à la requérante. Il fixa un droit de visite pour le père.

22. Le 10 janvier 2005, les services sociaux israéliens durent intervenir. Ils ordonnèrent aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant. La lettre qu'ils leur adressèrent alors indique ceci :

« 1. Nous estimons que le maintien d'un domicile commun, le fait que vous habitiez sous un même toit, n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, et c'est là un euphémisme. Il nous semble que le climat de récriminations et d'invectives constantes de la part de Shai à l'encontre d'Isabelle induit chez celle-ci un stress permanent susceptible de nuire à l'exercice de son rôle de mère, et ce, alors qu'elle est confrontée à la nécessité de trouver un emploi afin d'assurer sa subsistance et de payer le loyer. Il convient de noter que Shai ne paie ni la pension alimentaire ordonnée par la justice ni le loyer.

Il nous est apparu que certaines des récriminations de Shai frôlent l'absurde. Ainsi, il a estimé que la maladie de l'enfant, de même que la mononucléose infectieuse et la crise d'épilepsie dont il a été victime, sont imputables à la mère. Il s'entête à affirmer qu'Isabelle « n'est pas une bonne mère » ; il n'accepte pas le fait que l'enfant fréquente l'école maternelle, et il prétend que les certificats médicaux sont insuffisants. Nous conseillons à Shai de parler aux médecins qui traitent l'enfant.

Bien qu'il se fasse entretenir par Isabelle, Shai exige que la nourriture du foyer présente un haut degré de conformité aux lois diététiques juives, respecte telle ou telle prescription alimentaire (...).

Il ne fait aucun doute que des domiciles séparés régleraient une partie de ces problèmes.

Il nous semble que Shai fait régner au domicile une ambiance hostile, une atmosphère d'agressions verbales et de menaces qui terrorise la mère.

A la lumière de tous ces éléments, nous ne pouvons que constater que la mère se trouve exposée à un harcèlement moral et que le maintien d'un domicile commun est préjudiciable au mineur.

2. En vertu des pouvoirs qui nous sont conférés aux termes des articles 19 et 68 de la loi sur la capacité juridique, nous renouvelons notre avertissement à l'endroit de Shai, l'enjoignant de ne pas emmener son enfant avec lui lorsqu'il se livre au prosélytisme religieux sur la voie publique, où il exhorte les passants à mettre les phylactères et récolte des dons.

De même, le père est invité à ne pas emmener l'enfant avec lui des journées entières à la synagogue.

Nous tenons à souligner que les dispositions en matière de visite de l'enfant visent la mise en présence du père et de l'enfant ainsi que leurs activités communes, et non d'autres fins. »

23. Le même jour, la requérante déposa plainte contre son mari auprès de la police pour agression simple.

24. Par une ordonnance provisoire rendue le 12 janvier 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, faisant suite à une requête urgente déposée par la requérante le même jour, interdit au père de pénétrer dans l'école maternelle où l'enfant était inscrit ou dans l'appartement de la requérante, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque manière que ce soit, et de porter ou détenir une arme. Des restrictions furent également apportées au droit de visite de l'intéressé, qui ne fut plus autorisé à voir l'enfant que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv.

25. Le divorce des époux fut prononcé le 10 février 2005, sans modification de l'attribution de l'autorité parentale.

26. Le père de l'enfant ne s'étant pas acquitté du paiement d'une pension alimentaire au profit de la requérante, un mandat d'arrêt fut délivré à son encontre le 20 mars 2005.

27. Par une décision du 27 mars 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv rejeta la requête déposée par la requérante en vue de l'annulation de l'ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire israélien visant le requérant. Il estima notamment que le risque que la mère ne retourne pas en Israël avec l'enfant après son voyage dans sa famille à l'étranger était sérieux, compte tenu du fait qu'elle n'avait pas d'attaches dans ce pays.

28. Le 24 juin 2005, la requérante quitta clandestinement le territoire israélien et s'installa en Suisse avec le requérant.

29. Le 27 juin 2005, le père de Noam s'adressa à l'autorité centrale israélienne. Celle-ci ne fut pas en mesure de localiser l'enfant avant le

21 mai 2006, date à laquelle Interpol Jérusalem lui fit parvenir une note d'Interpol Berne indiquant que la requérante se trouvait en Suisse.

30. Le 22 mai 2006, le ministère israélien de la Justice adressa à l'Office fédéral suisse de la justice une requête tendant au retour de l'enfant, en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye » ; paragraphe 57 ci-dessous). A l'appui de sa requête, il indiqua notamment qu'Interpol Berne ne lui avait signalé que la veille que Noam et sa mère vivaient à Lausanne et que celle-ci avait demandé le renouvellement de son passeport suisse.

31. Dans une décision du 30 mai 2006, rendue sur requête du père de l'enfant, le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv constata que l'enfant avait sa résidence habituelle à Tel Aviv et que le 24 juin 2005, date du départ des requérants, les parents détenaient conjointement l'autorité parentale sur leur fils, la mère ayant la garde provisoire et le père bénéficiant d'un droit de visite. Le tribunal conclut que le déplacement de l'enfant hors du territoire israélien sans l'accord du père constituait un acte illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

32. Par une requête du 8 juin 2006, le père de l'enfant saisit la justice de paix du district de Lausanne, en vue de voir ordonner le retour de son fils en Israël. Il demanda notamment, par voie de mesures d'extrême urgence, qu'il soit ordonné au Bureau des passeports de la commune de Lausanne de retenir les passeports suisses des requérants.

33. Le 12 juin 2006, le juge de paix rendit une ordonnance admettant la requête d'extrême urgence du père de Noam.

34. Pour faire suite à une nouvelle requête d'extrême urgence télécopiée le 27 juin 2006 par le père de l'enfant, par une ordonnance de mesures provisoires rendue le même jour, le juge de paix ordonna à la requérante de remettre immédiatement au greffe de la Justice de paix son passeport et celui de Noam, sous peine de sanctions pénales pour insoumission à une décision de l'autorité.

35. La requérante, assistée de son conseil, et le conseil du père, représentant son client qui était dispensé de comparaître personnellement, furent entendus par le juge de paix le 18 juillet 2006.

36. Par une décision du 29 août 2006, rendue après audience, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père. Il estima que le déplacement de l'enfant était effectivement illicite aux termes de l'article 3 de la Convention de La Haye, mais que l'on se trouvait dans un cas d'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de ladite convention, étant donné qu'il existait un risque grave que le retour de l'enfant l'exposât à un danger psychique ou physique ou le plaçât de toute autre manière dans une situation intolérable.

37. Le 25 septembre 2006, le père déposa un recours contre cette décision auprès de la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de

Vaud, qui ordonna une mesure d'expertise et désigna à cet effet le docteur B., pédiatre et pédopsychiatre. Celui-ci rendit le 16 avril 2007 un rapport d'expertise d'où il ressortait que le retour de l'enfant en Israël avec sa mère l'exposerait à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant ; que le retour de l'enfant sans sa mère l'exposerait à un danger psychique majeur ; et que le maintien de la situation qui prévalait alors représenterait également pour l'enfant un risque psychique majeur à long terme.

38. Le 30 novembre 2006, le juge compétent de Tel Aviv classa sans suite une plainte pénale pour violences familiales qui avait été déposée par la seconde épouse du père de Noam, celle-ci ayant quitté le pays.

39. Au cours de la procédure en vue du retour de l'enfant, l'autorité centrale israélienne communiqua à son homologue suisse les observations suivantes par une lettre du 12 mars 2007 :

« Nous accusons réception de votre lettre en date du 7 février 2007. Nous souhaitons répondre de la manière suivante aux questions soulevées dans cette lettre :

M. Shuruk affirme que, dans le cas où la mère refuserait de retourner en Israël, il s'occuperait de l'enfant. Il vit actuellement dans un appartement en colocation mais il affirme que, si l'enfant était renvoyé en Israël, il prendrait aussitôt un appartement pour y habiter avec l'enfant. Actuellement, il travaille et il étudie dans un établissement d'enseignement religieux, de 9 heures à 15 heures. L'enfant serait en garderie/jardin d'enfants pendant ces heures-là. M. Shuruk signale qu'avant d'être enlevé pour être conduit en Suisse, l'enfant était en garderie, car la mère travaillait. M. Shuruk indique que sa famille élargie lui apporterait un soutien au cas où il aurait besoin d'aide de temps à autre.

La juridiction d'appel suisse s'est inquiétée de savoir comment M. Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant alors même que son droit de visite a été restreint. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre lettre du 28 septembre 2006 à votre Bureau, il faut se rappeler que, selon le rapport du travailleur social en Israël, le père et l'enfant ont une merveilleuse relation. Il était envisagé d'élargir le droit de visite, pour y inclure le droit d'hébergement, mais ce projet a été interrompu à la suite de l'enlèvement de l'enfant par sa mère. Si la mère refusait de retourner en Israël avec l'enfant, elle serait considérée comme acceptant que le père ait la garde de fait, et M. Shuruk pourrait saisir la justice israélienne pour obtenir une décision reflétant la réalité nouvelle.

Vous avez demandé en outre quelles mesures pourraient être prises pour protéger la mère au cas où elle reviendrait, compte tenu de ses allégations de violences de la part de M. Shuruk. M. Shuruk réfute toutes ces allégations. En outre, nous vous adressons ci-joint une copie de la décision du tribunal de première instance de Tel Aviv en date du 30 novembre 2006 ainsi qu'une traduction en anglais. Cette décision concernait une mise en examen de M. Shuruk pour des allégations de violences formulées par sa seconde épouse. Ainsi que vous pourrez le voir, celle-ci ayant apparemment quitté Israël sans pouvoir être localisée, le tribunal a abandonné les poursuites à l'encontre de M. Shuruk.

En tout état de cause, nous tenons à attirer votre attention sur la loi qui assure en Israël une protection en cas d'allégations de violences familiales. Cette loi est la loi de 1991 relative à la prévention des violences familiales. Nous vous adressons ci-joint une traduction de cette loi en anglais ainsi qu'une traduction officielle en français. L'article 2 prévoit la possibilité de rendre des ordonnances de protection. En conséquence, si la mère a la moindre inquiétude pour sa sécurité, elle peut saisir la justice en Israël et demander la protection qui pourrait être nécessaire. Ses allégations ne sauraient constituer un fondement permettant au tribunal suisse de refuser le retour de l'enfant en Israël.

Vous nous avez fait savoir que le tribunal avait ordonné une évaluation psychologique de l'enfant. Nous nous devons d'exprimer notre préoccupation à cet égard. Cette évaluation n'avait pas été ordonnée par la juridiction inférieure, aussi aimerions-nous savoir pourquoi elle a été ordonnée à ce stade tardif. Il faut se rappeler que l'enfant a été enlevé par la mère en juin 2005. L'enfant n'a pas vu son père depuis près de deux ans. Pendant tout ce temps, il a été soumis à l'influence exclusive de la mère. Par conséquent, nous nous demandons ce que l'on peut gagner à effectuer une évaluation psychologique de l'enfant. Il faut se rappeler qu'il s'agit d'une procédure en application de la Convention de La Haye, et non pas d'une affaire de garde. Il semble que la mère soit en train d'essayer de prouver que l'enfant subira un préjudice psychologique en étant séparé d'elle s'il retourne en Israël. Or cela peut être évité si la mère agit dans l'intérêt supérieur de l'enfant et revient avec lui. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre lettre du 28 septembre 2006, la mère ne semble avoir aucun motif légitime en vertu de la Convention de La Haye qui l'empêcherait de revenir (...) »

40. Par une lettre du 30 avril 2007, adressée à l'avocate du père de Noam, l'autorité centrale israélienne formula les observations suivantes quant à l'éventualité que la requérante fasse l'objet de poursuites pénales ou d'un emprisonnement en cas de retour en Israël :

« (...) Vous nous avez demandé de vous informer des conséquences juridiques auxquelles se trouverait exposée la mère, Isabelle Neulinger, si elle retournait en Israël avec l'enfant, en raison du fait qu'elle l'a enlevé.

S'agissant des conséquences de l'enlèvement au regard du droit pénal, l'enlèvement est un délit prévu par le Code pénal israélien de 1977 et il rend son auteur passible d'une peine d'emprisonnement. Toutefois, conformément aux lignes directrices du Procureur général d'Israël, dès réception d'une plainte pour enlèvement parental, la police doit saisir l'Autorité centrale prévue par la Convention de la Haye pour obtenir des instructions sur la manière de procéder dans l'affaire en question. Les lignes directrices du Procureur général prévoient que des poursuites pénales ne doivent être exercées que dans des circonstances très exceptionnelles. Dans le cas de Mme Neulinger, si celle-ci se conformait à la décision ordonnant le retour de l'enfant en Israël, si elle ne disparaissait pas avec l'enfant à son arrivée en Israël, si elle coopérait avec les autorités israéliennes et si elle se conformait à la décision de justice en vigueur, qui prévoit un droit de visite sous surveillance de M. Shuruk (dans l'attente de toute décision ultérieure), l'Autorité centrale israélienne envisagerait favorablement d'ordonner à la police israélienne de classer l'affaire pénale pour absence d'intérêt général, à condition que Mme Neulinger ne commette pas de nouveaux actes d'enlèvement concernant l'enfant.

S'agissant des conséquences civiles, nous pouvons vous informer que, tant devant les juridictions civiles israéliennes que devant les tribunaux rabbiniques, en matière de

garde et de droit de visite, la seule considération est l'intérêt supérieur de l'enfant (...) »

41. Par un arrêt du 22 mai 2007, la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud rejeta le recours du père. Ayant procédé à une instruction complémentaire et se fondant sur le rapport d'expertise du docteur B. du 16 avril 2007, elle estima que le retour de l'enfant comporterait un risque grave non seulement de l'exposer à un danger psychique, qu'il soit ou non accompagné de sa mère, mais également de le placer dans une situation intolérable. Elle considéra dès lors que les conditions de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye étaient réunies. Estimant cependant que l'on ne pouvait priver l'enfant de toute relation avec son père, elle prescrivit la prise de mesures destinées à rétablir des relations personnelles entre l'un et l'autre. La chambre des tutelles s'exprima ainsi :

« 4. d) (...) En réponse aux questions qui lui étaient posées, l'expert B. (...) indique dans ses conclusions, que le retour de Noam en Israël, avec sa mère, l'exposera à un danger psychique dont l'intensité ne peut être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à sa mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant ; quant au retour de l'enfant en Israël, sans sa mère, il est d'avis qu'il l'exposera à un danger psychique majeur, tel que détaillé dans la discussion. Or, dans la partie « discussion » de son rapport, l'expert souligne que la situation de Noam semble actuellement totalement bloquée. D'un côté, vu son jeune âge et son absence totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son père, toute visite dans ce pays sans sa mère, même brève et même si la situation judiciaire le permettait, constituerait un traumatisme psychologique majeur à type d'angoisse massive de séparation et de risque majeur de dépression sévère. D'un autre côté, la possibilité d'un retour de sa mère en Israël avec Noam, même ponctuel, est écarté d'emblée par celle-ci. A la question qui lui était posée de déterminer si le retour de Noam en Israël risquait de placer l'enfant dans une situation intolérable, l'expert a répondu que c'étaient « évidemment » les conditions d'un éventuel retour de l'enfant en Israël qui lui rendraient la situation intolérable ou non. Il a relevé que, de même, c'étaient les conditions de la poursuite de sa résidence en Suisse qui lui rendront la situation intolérable ou non et que le maintien du statu quo actuel représente un risque psychique majeur à long terme pour l'enfant, de sorte que, faute d'entente entre ses parents, il est urgent qu'un accord s'établisse entre les Services de protection de l'enfance des Etats de résidence de ceux-ci afin de suppléer à leur carence.

En application de l'article 13 alinéa 3 CEIE, la cour de céans a également requis de l'Autorité centrale israélienne qu'elle la renseigne sur la situation sociale de l'enfant, en répondant aux questions suivantes : « pour le cas où, comme elle l'a annoncé, la mère ne retourne pas en Israël, qui s'occupera de l'enfant et où celui-ci séjournera-t-il ? Le père paraissant sans activité lucrative, qui pourvoira à l'entretien de l'enfant ? Le droit de visite ayant été restreint par des décisions judiciaires, quelles seront les mesures prises pour que l'exercice du droit de visite ne mette pas en danger le bien-être physique et psychique de l'enfant ? » Dans son écriture du 12 mars 2007, l'Autorité centrale israélienne n'a pas vraiment répondu aux questions qui lui avaient été posées, ce qui ne permet pas de rassurer sur l'intérêt de l'enfant. Elle s'est contentée de mentionner les intentions du recourant à l'égard de son fils, dans

l'hypothèse où celui-ci reviendrait en Israël sans sa mère en ces termes : « si la mère de Noam refuse de revenir en Israël, le père de l'enfant prendra soin de lui. Actuellement, il partage un appartement avec un colocataire, mais en cas de retour de l'enfant, il s'assurera immédiatement de disposer d'un appartement où il pourra vivre avec l'enfant. Il travaille actuellement et étudie dans une institution d'enseignement religieux de 9 h 00 à 15 h 00. L'enfant pourrait fréquenter la crèche-garderie durant ces heures. Le père fait valoir à cet égard, qu'avant l'enlèvement de l'enfant, celui-ci fréquentait une crèche pendant que sa mère travaillait. Shay Shuruk expose encore que sa famille pourrait lui assurer un soutien s'il était nécessaire qu'il ait besoin d'aide de temps en temps. » En ce qui concerne la question relative à la façon dont Shay Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant, eu égard au fait qu'il ne dispose que d'un droit de visite restreint, l'Autorité centrale israélienne a souligné que, « comme elle l'avait déjà indiqué dans ses déterminations du 28 septembre 2006, selon le rapport établi par l'assistant social en Israël, le père et l'enfant avaient une merveilleuse relation. Il était prévu d'étendre son droit de visite, en y incluant aussi des nuits, ce qui n'a pas pu se faire en raison de l'enlèvement de l'enfant par sa mère. » L'Autorité centrale israélienne concluait que, « si la mère devait refuser de retourner en Israël avec l'enfant, cela signifierait qu'elle accepte que le père en ait la garde de facto et Shay Shuruk pourrait demander aux tribunaux israéliens une décision reflétant cette nouvelle situation. »

Il faut constater que tant les conclusions du rapport d'expertise pédopsychiatrique que les éléments fournis par l'Autorité centrale israélienne s'opposent à un retour de l'enfant Noam en Israël. Un tel retour comporte non seulement un risque grave de l'exposer à un danger psychique, qu'il soit accompagné de sa mère ou non, mais également de le placer encore dans une situation intolérable. D'une part, l'expert psychiatre relève que si l'enfant retourne en Israël avec sa mère, il risque d'être exposé à un danger psychique dont l'intensité ne peut être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour. A cet égard, la Chambre des tutelles est d'avis que, dès lors que le déplacement de l'enfant en Israël risque, même si sa mère l'accompagne, de mettre l'enfant psychologiquement en danger et que contrairement au « schéma classique » envisagé par la CEIE, l'intimée a le droit de garde sur son fils, l'on ne saurait exiger raisonnablement de celle-ci qu'elle retourne en Israël. A ces éléments s'ajoute le fait qu'un retour de la mère en Israël porterait aussi atteinte à la sécurité économique de l'enfant, puisqu'il obligerait sa mère à retrouver un emploi sur place, afin de subvenir non seulement à ses propres besoins, mais également à ceux de son fils. Le fait que le recourant n'a jamais pourvu à l'entretien de son enfant et que l'on sait qu'il ne gagne que 300 francs par mois ne saurait être négligé dans la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans ce contexte. Enfin, il faut considérer que l'exigence d'un retour de la mère est disproportionnée par rapport au motif du renvoi : le but de la CEIE est en effet de replacer l'enfant dans la situation juridique qui était la sienne avant son déplacement. Or, le présent retour est requis afin de permettre au recourant d'exercer son droit aux relations personnelles, droit dont il est établi qu'avant le départ de l'enfant, il se déroulait sous la surveillance des services sociaux à raison de deux rencontres hebdomadaires de deux heures. Obliger une mère à se déraciner pour permettre l'exercice d'un droit de visite aussi restreint, alors que le retour de l'enfant comporte certainement le risque d'une atteinte psychologique grave, vu les conditions d'insécurité dans lesquelles le retour s'effectuera, constitue une situation intolérable pour l'enfant au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b, CEIE.

Quant au retour de Noam en Israël sans sa mère, l'expert est d'avis qu'il l'exposerait à un traumatisme psychologique majeur, à type d'angoisse massive de séparation et de risque majeur de dépression sévère, qui s'explique par son jeune âge et son absence

totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son père. Cet élément suffit pour considérer que la condition de l'article 13, alinéa premier, lettre b CEIE est remplie. A cela s'ajoute que les renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne quant aux aménagements prévus en cas de retour de l'enfant sans sa mère sont pour le moins préoccupants : alors que le recourant ne dispose juridiquement que d'un droit de visite très restreint et surveillé, il est prévu, selon les indications fournies par l'Autorité centrale, que le recourant prenne son fils chez lui, (étant au demeurant relevé qu'aucune garantie n'est donnée qu'il disposera alors d'un appartement individuel), exerçant ainsi une garde de fait. A cet égard, l'Autorité centrale fait valoir qu'en refusant de retourner avec son fils en Israël, l'intimée acquiescerait implicitement à ce changement de situation, situation nouvelle que le recourant ferait ensuite valider par les autorités judiciaires israéliennes. Cela ne correspond pas au but poursuivi par la CEIE, qui prévoit le retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé pour le replacer dans le statut quo ante. Un tel retour ne saurait dès lors être ordonné sur la base de la CEIE, étant souligné qu'il n'est pas douteux qu'un retour de Noam en Israël dans de telles conditions l'exposerait assurément à un risque psychologique majeur, dû non seulement au fait qu'il serait brutalement séparé de sa mère, alors que celle-ci a été sa principale référence parentale depuis qu'il est né et a été la seule à pourvoir à son entretien, mais au fait aussi qu'il serait tout aussi brutalement confronté à un père dont il vient d'apprendre l'existence. Vu ce qui précède, le recours sur ce point doit être rejeté.

(...)

5. (...) En l'espèce, il ressort du dossier que Noam Shuruk vit avec sa mère, qui en a la garde, depuis au moins une année à Lausanne. Ainsi, la Justice de paix du district de Lausanne était compétente, *rationae loci et rationae materiae*, pour prendre la mesure de protection contestée. Sur le fond, il suffit de constater que, dès lors que l'enfant n'a gardé aucun souvenir de son père, en raison du processus d'amnésie physiologique dû à son très jeune âge, il est fondé de le protéger d'une brutale mise en présence, le bien-être de l'enfant commandant que la reprise des relations personnelles avec son père se déroule en douceur et progressivement, après qu'il aura été préparé de façon adéquate à cette nouvelle situation, ainsi que cela ressort des considérations convaincantes de l'expert sur ce point. Le moyen est dès lors mal fondé et doit être rejeté (...) »

42. Le père saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile aux fins de l'annulation de l'arrêt cantonal et du retour de l'enfant en Israël. Il se plaignait d'une mauvaise application de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye, principalement, et de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, subsidiairement.

43. Par une ordonnance du 27 juin 2007, le président de la cour compétente du Tribunal fédéral admit la demande d'effet suspensif présentée par le père.

44. Par un arrêt du 16 août 2007, notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père. Les passages pertinents de cet arrêt sont ainsi libellés :

« 3. L'objectif de la CEIE est d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (art. 1 let. a CEIE). Est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat

dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (art. 3 let. a CEIE). Le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CEIE). En l'espèce, il n'est pas contesté que le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où le père détenait conjointement avec l'intimée l'autorité parentale (*guardianship*), ce qui comprend selon le droit israélien le droit de déterminer la résidence de l'enfant. Par ailleurs, dès lors que la demande de retour a été présentée dans le délai d'un an à partir du déplacement, l'intimée ne remet pas non plus en question qu'en principe, en application de l'art. 12 CEIE, le retour immédiat de l'enfant devrait être ordonné. La seule question litigieuse est donc de savoir s'il peut être fait exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.

4. Selon le recourant, en refusant d'ordonner le retour de l'enfant en Israël, les juges cantonaux ont fait une fausse application de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.

4.1 En vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE, dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (art. 95 let. b LTF), l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la CEIE doivent être interprétées de manière restrictive; le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêt 5P.71/2003 du 27 mars 2003 consid. 2.2 in : FamPra.ch 2003 p. 718). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CEIE n'a pas pour but d'attribuer l'autorité parentale (ATF 131 III 334 consid. 5.3; 123 II 419 consid. 2b p. 425). Une exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'entre donc en considération que si le développement intellectuel, physique, moral ou social de l'enfant est menacé d'un danger sérieux (arrêt 5P.65/2002 du 11 avril 2002 consid. 4c/bb in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée). Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (arrêt précité consid. 4b in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée).

4.2 La cour cantonale a observé qu'il s'agit d'un enfant très jeune qui est sous la garde de la mère, laquelle a toujours pourvu à son entretien. De son côté, le père vit dans une communauté religieuse où il est nourri et ne tire de son activité de professeur de sport et d'art dramatique qu'un revenu mensuel de 300 fr. La garde de l'enfant lui a été retirée en raison du climat de peur qu'il faisait régner au domicile familial. Pour cette même raison, les tribunaux israéliens lui ont ordonné de se constituer un domicile séparé et lui ont interdit de s'approcher de l'appartement de la mère. Avant le déplacement de l'enfant en Suisse, le père ne disposait que d'un droit de visite restreint, à savoir deux fois deux heures par semaine, sous la surveillance des services sociaux israéliens. Concernant les conditions d'un éventuel retour de l'enfant sans la mère, selon les éléments fournis par le Ministère israélien de la justice le 12 mars 2007, le père qui partage actuellement un appartement avec un colocataire et travaille toujours dans une institution d'enseignement religieux, serait disposé à prendre soin de l'enfant. Se fondant sur le caractère lacunaire et peu rassurant de ces renseignements ainsi que sur l'expertise judiciaire menée par le Dr [...], médecin psychiatre, la cour cantonale a considéré qu'un retour en Israël impliquait un risque de danger psychologique pour l'enfant et pouvait le placer dans une situation intolérable, qu'il soit accompagné ou non de sa mère. Elle a ajouté que, vu les faibles ressources

financières du père, un retour en Israël de l'intimée porterait également atteinte à la sécurité économique de l'enfant dont la mère devrait retrouver un emploi afin de subvenir à leurs besoins.

En l'occurrence, le recourant ne critique pas l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle il existe un risque grave que l'enfant soit exposé à un danger psychique en cas de retour sans l'intimée. En revanche, il est d'avis que ce danger est inexistant si la mère accompagne l'enfant en Israël, ce que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci. Or, concernant ce dernier cas de figure, on cherche en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant. L'expert psychiatre ne s'est en particulier pas prononcé sur cette question, mais a expliqué que ce danger ne pouvait être évalué sans connaître les conditions d'un éventuel retour. S'agissant du comportement violent du recourant à l'encontre de l'intimée, il ne ressort pas du jugement cantonal que l'enfant soit menacé directement ou indirectement, à savoir par le fait d'être témoin de cette violence à l'encontre de la mère. Celle-ci a précisé que le père respectait les modalités fixées pour le droit de visite qui se passait bien. L'assistante sociale mandatée pour surveiller le droit de visite a qualifié de merveilleuse la relation père-fils telle qu'elle s'était établie juste avant l'enlèvement de l'enfant par sa mère. Cette dernière ne prétend pas que le recourant enfreignait les ordres judiciaires qui lui interdisaient d'approcher de l'appartement ainsi que de l'importuner et/ou de la harceler. Quant aux considérations tirées de l'absence de revenu du père et à ses liens avec la communauté religieuse « Loubavitch », en l'état, elles ne démontrent pas l'existence d'un risque grave de danger pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE. Si ces indications sont utiles pour déterminer lequel des deux parents dispose des meilleures capacités éducatives afin de décider de l'attribution du droit de garde - question qui est tranchée par les autorités judiciaires du lieu de la résidence habituelle (art. 16 CEIE) - , elles ne sont en revanche pas pertinentes pour décider du retour de l'enfant après un enlèvement illicite (cf. consid. 4.1 supra).

S'agissant de la menace de la mère de ne pas rentrer en Israël, le jugement cantonal ne traite pas du tout des motifs de ce refus alors qu'il appartenait à celle-ci d'établir l'existence de circonstances objectives justifiant cette attitude. Les magistrats cantonaux citent l'expert psychiatre qui évoque les « risques judiciaires » encourus en cas de retour en Israël, sans qu'il soit précisé si l'intimée risque concrètement une peine de prison ferme comme conséquence de l'enlèvement. A supposer que ce risque soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant - ce qui exclurait par conséquent le retour de [l'enfant] au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère. Celle-ci ne s'est pas exprimée à ce sujet dans sa réponse adressée au Tribunal fédéral ; en particulier elle ne prétend pas être menacée d'une peine de prison ferme ni même d'une sanction pénale. Elle ne soutient pas non plus qu'en cas de retour en Israël, il lui serait impossible ou très difficile de s'y intégrer, en particulier de trouver un nouvel emploi. En conséquence, on ne discerne pas davantage d'éléments de nature économique qui rendraient insupportable le retour de la mère et, par conséquent, de l'enfant. Ainsi, faute pour l'intimée d'avoir établi l'existence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de rentrer en Israël, il faut admettre que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans l'Etat de provenance en compagnie de l'enfant. Dans ces circonstances, le caractère peu rassurant des renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne (cf. consid. 4.2 supra) sur lesquels s'est notamment fondée la cour cantonale pour justifier l'exception au retour prévue par l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'est pas déterminant car ces informations ne tiennent compte que de l'hypothèse d'un retour de l'enfant sans sa mère.

En conséquence, les magistrats cantonaux ont enfreint l'art. 13 al. 1 let. b CEIE en considérant qu'il y avait lieu de faire exception au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief relatif à la violation de l'art. 3 CDE. Il appartiendra à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant [...] en Israël d'ici à la fin septembre 2007. (...)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.
2. Il est ordonné à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant [...] en Israël d'ici à la fin septembre 2007.

(...) »

45. Le 20 août 2007, le père de l'enfant saisit par l'intermédiaire de son conseil la justice de paix du district de Lausanne, chargée d'exécuter la décision de retour, d'une requête tendant à la nomination d'un curateur *ad hoc* pour l'enfant, chargé d'organiser son départ. Le 1^{er} octobre 2007, il retira cette requête, la Cour ayant décidé le 27 septembre 2007 d'indiquer au Gouvernement des mesures provisoires.

46. Ultérieurement, les requérants firent parvenir à la Cour un certificat médical établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., pédiatre à Lausanne. Ce certificat se lit comme il suit :

« Je soussignée certifie avoir été amenée à voir Noam Shuruk, né le 10 juin 2003, à plusieurs reprises depuis le 7 octobre 2005.

Noam se présente à chaque fois accompagné de sa mère avec laquelle il entretient une très bonne relation.

Son comportement est adéquat, son niveau de développement psychomoteur, son langage dans les normes plutôt supérieures. Il ne semble souffrir d'aucun traumatisme psychologique ni de carences affectives ou éducatives.

C'est un garçon confiant, capable d'établir de bonnes relations avec les autres et notamment avec les adultes que nous sommes.

Il est en bonne santé physique et présente peu d'infections intercurrentes.

Un retour brutal en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour cet enfant. »

47. Par une ordonnance de mesures provisionnelles en date du 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne, sur demande de la requérante, fixa le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendit le droit de visite du père sur son fils et attribua l'autorité parentale à la mère, aux fins de permettre à cette dernière de renouveler les papiers d'identité de l'enfant. Le tribunal parvint à ces conclusions notamment sur la base des considérations qui suivent :

« [I] convient de préciser que l'intimé a été cité à l'audience par acte judiciaire à sa dernière adresse connue en Israël,

que le pli est revenu en retour avec la mention « gone away », ce qui peut être traduit par « parti sans laisser d'adresse »

considérant

(...) que la mère en aurait la garde alors que l'autorité parentale serait restée commune,

que le père aurait été astreint à « l'exercice d'un droit de visite » surveillé par les services sociaux (...)

que dans le cadre de ce procès, l'intimé ne s'est jamais présenté aux audiences mais y était représenté par un conseil, dont le mandat a, semble-t-il, été résilié (...)

que selon la jurisprudence, le déplacement illicite d'un enfant mineur n'exclut pas, à lui seul, la constitution d'une nouvelle résidence habituelle de l'enfant dans le pays où il a été emmené (ATF 125 III 301, JT 1999 I 500),

qu'en l'espèce, Noam vit en Suisse sans discontinuer depuis juin 2005,

qu'il y est scolarisé,

qu'il y a des attaches familiales du côté de sa mère,

qu'il y est suivi médicalement,

qu'il est également ressortissant suisse,

qu'il en parle la langue, en l'espèce le français,

que la requérante est au bénéfice de mesures provisoires de la [C]our européenne des droits de l'homme, qui a demandé au gouvernement suisse de ne pas procéder au retour de Noam en Israël, malgré la décision rendue par le Tribunal Fédéral,

que malgré son combat judiciaire, l'intimé n'a jamais cherché à voir son enfant,

que son domicile est inconnu,

qu'il paraît se désintéresser de la présente cause,

qu'ainsi, l'enfant n'a plus de lien stable qu'avec sa mère,

qu'il convient donc de faire droit à la requête de cette dernière et fixer, à titre provisoire, le domicile de Noam en Suisse, à Lausanne, lieu de sa résidence habituelle, auprès de sa mère ;

considérant que l'article 273, alinéa premier, CC prévoit que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont

réciroquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances,

que le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (...),

que le maintien et le développement de ce lien est évidemment bénéfique pour l'enfant,

que les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger,

que l'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas,

que le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF [arrêt du Tribunal fédéral] 127 III 295, c. 4a),

qu'il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement,

que des conditions particulières pour l'exercice du droit de visite peuvent être imposées (...),

que la requérante a conclu à la suppression du droit de visite de l'intimé sur son fils Noam,

qu'en l'espèce, le droit de visite de l'intimé était déjà limité par des décisions rendues par les autorités israéliennes, avant le départ de l'enfant pour la Suisse,

que l'enfant n'a pas revu son père depuis 2005,

qu'ils n'ont, semble-t-il, aucune langue en commun,

qu'en tout état de cause, une reprise du droit de visite, s'il était demandé par l'intimé, ne pourrait se faire que progressivement,

qu'en l'état, le lieu de résidence de celui-ci est inconnu,

qu'il paraît adéquat, en l'état, de suspendre provisoirement le droit de visite de l'intimé sur son fils Noam ;

considérant que la requérante conclut à ce que l'« autorité parentale sur Noam, né le 10 juin 2003, est attribuée à titre exclusif et provisoire à sa mère Isabelle Neulinger à Lausanne aux fins de renouveler ses papiers d'identité »,

que la requérante a expliqué que son fils, qui est binational – israélien et suisse – est actuellement sans papier d'identité,

qu'il était jusqu'il y a peu au bénéfice d'un passeport suisse,

que toutefois, lorsque sa validité est échue, les autorités administratives ont refusé de lui en délivrer un nouveau sans l'accord du père, les parties ayant l'autorité parentale commune sur l'enfant,

qu'en l'état, l'intimé est sans domicile connu,

que la requérante est ainsi dans l'impossibilité pratique de lui demander cette autorisation,

que l'enfant réside en Suisse avec elle,

qu'elle en a la garde [de l'enfant],

que certes la cause au fond porte sur une modification de l'autorité parentale, la requérante demandant à ce qu'en vertu du droit suisse, elle lui soit octroyée exclusivement,

qu'il pourrait apparaître que la conclusion provisionnelle, si elle était accordée, vide le sort de la cause au fond,

que toutefois ladite conclusion a une portée bien moindre puisqu'elle ne tend qu'à la possibilité d'obtenir des papiers d'identité pour son enfant,

que ce dernier est ressortissant suisse, résidant en Suisse,

qu'il convient donc qu'il puisse obtenir, comme tout autre citoyen, l'établissement de papiers d'identité,

qu'il est donc fait droit à la conclusion de la requérante,

(...) »

En l'état des informations dont dispose la Cour, ni l'une ni l'autre des parties au litige n'a interjeté appel de cette décision.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Quant à la protection des droits de l'enfant

1. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

48. Les dispositions pertinentes de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, sont libellées comme suit :

Préambule

« Les Etats parties à la présente Convention,

(...)

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, (...)

Sont convenus de ce qui suit :

(...)

Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...) le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. (...)

Article 9

1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...)

Article 14

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

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. (...)

Article 18

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

(...) »

2. La notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant

49. Le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant est issu du deuxième principe de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, en vertu duquel

« L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante. »

50. Ce terme a été repris en 1989 à l'article 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

51. Il ne ressort ni des travaux préparatoires à cette convention ni de la pratique du Comité des droits de l'enfant des propositions de définition ou de critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en général ou par rapport à des circonstances particulières. L'un comme l'autre se sont limités à dire que toutes les valeurs et tous les principes de la convention devaient être appliqués à chaque cas particulier (voir le Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant (*Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*), p. 37, UNICEF 1998, sous la direction de Rachel Hodgkin et Peter Newell). De plus, le Comité a souligné à plusieurs reprises que la convention devait être comprise comme un tout et interprétée en tenant compte de la relation entre les différents articles, de manière toujours conforme à l'esprit de cet instrument, et en mettant l'accent sur l'enfant en tant qu'individu doté de droits civils et politiques nourrissant ses propres sentiments et opinions (*ibid.*, p. 40).

52. Selon les lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) relatives à la détermination de l'« intérêt supérieur de l'enfant »,

« l'expression « intérêt supérieur » renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, qui dépend de différentes circonstances particulières telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit et son histoire personnelle ». (HCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, mai 2008)

53. On retrouve le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » aux articles 5 et 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Ainsi, en vertu de l'article 5 b), les États parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour

« [f]aire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur

développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

54. En vertu de l'article 16 d) de la même convention, les hommes et les femmes doivent avoir

« [I]es mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ».

55. Bien que cette notion n'apparaisse pas dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme, dans ses Observations générales 17 et 19, a fait référence à l'intérêt supérieur (« *paramount interest* ») de l'enfant en cas de séparation ou de divorce de ses parents. Dans son Observation générale 17 (adoptée à sa 35^{ème} session, 1989), le Comité a estimé qu'en cas de dissolution du mariage, il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant que lui soient assurées, autant que possible, des relations continues avec ses deux parents. Dans le cas des enfants abandonnés, des mesures spéciales doivent être prises pour permettre aux enfants de se développer dans des conditions analogues, autant que possible, à celles qu'offre le milieu familial. Dans son Observation générale 19 (adoptée à sa 39^{ème} session, 1990), le Comité a souligné que toute discrimination en matière de divorce, de droit de garde, de droit de visite, etc. doit être interdite, sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

56. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une force juridique contraignante avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Son article 24 se lit comme suit :

Article 24 : Droits de l'enfant

« 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

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.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

B. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

1. Le texte de l'instrument

57. Les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984, sont ainsi libellées :

« Les Etats signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

(...)

Article premier

La présente Convention a pour objet :

a. d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;

b. de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

(...)

Article 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

a. lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

b. que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) 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 cet Etat.

Article 4

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans.

Article 5

Au sens de la présente Convention :

a. le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ;

b. le « droit de visite » comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

(...)

Article 11

Les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. (...)

Article 12

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre Etat, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

Article 13

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

(...)

b. qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

Article 14

Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

(...)

Article 20

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(...)

Article 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un Etat contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis. »

2. La notion d'« intérêt supérieur » dans l'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye

58. Selon le rapport explicatif de Mme Elisa Pérez-Vera sur la rédaction de la Convention,

« étant donné qu'un facteur caractéristique des situations considérées réside dans le fait que l'enleveur prétend que son action soit légalisée par les autorités compétentes de l'Etat de refuge, un moyen efficace de le dissuader est que ses actions se voient privées de toute conséquence pratique et juridique. Pour y parvenir, la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du *statu quo*. » (§ 16, p. 429)

59. Cependant, on trouve dans la convention cinq exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant, parmi lesquelles celle prévue à l'article 13 alinéa premier, lettre b), qui est l'exception le plus souvent invoquée.

60. La Cour de cassation en France, la Chambre des lords au Royaume-Uni et la Cour suprême en Finlande ont toutes expressément intégré la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » dans leur interprétation de l'exception relative à un « risque grave » visée à l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye.

61. Dans une affaire de 2005, la Cour de cassation française a indiqué :

« qu'il résulte de l'article 13, b), de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable »

et

« qu'en vertu de l'article 3, 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ». (Cass. Civ 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi : 04-16942)

62. La haute juridiction a ainsi confirmé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 mai 2004 en concluant que

« l'intérêt supérieur de l'enfant a[vait] été pris en considération par la cour d'appel, qui en a[vait] déduit (...) qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye ».

63. La Cour suprême finlandaise a adopté des conclusions similaires dans une affaire où elle a appliqué l'exception de l'article 13, alinéa premier, lettre b), en indiquant que

« (...) la cour a[vait] souligné que le risque grave de danger n'exist[er]ait pas si la mère rentr[ait] en France avec les enfants et fai[sai]t en sorte que leurs conditions de

vie soient adaptées compte tenu de leur intérêt supérieur (...)» (Cour suprême de Finlande, 27 décembre 1996 ; 1996:151, S96/2489)

64. Dans une affaire concernant l'enlèvement d'un enfant depuis la Roumanie vers le Royaume-Uni, examinée le 16 novembre 2006 par la Chambre des lords, Lord Hope a également indiqué qu'il

« ne vo[ya]it pas comment le retour immédiat de l'enfant en Roumanie pouvait être dans l'intérêt supérieur de celui-ci ». (*In re D (a child)* (abduction : foreign custody rights) [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619)

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).

4. *La jurisprudence des tribunaux internes relative à la notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye*

69. La Convention de La Haye ne prévoit pas de dispositif d'application ni d'organe de contrôle qui garantiraient sa mise en œuvre par les Etats contractants. Il se peut, dès lors, que la jurisprudence des juridictions nationales relative à cet instrument diffère d'un Etat contractant à l'autre. En pratique, on observe des divergences dans l'interprétation que font les différentes autorités judiciaires de la distinction établie dans la convention entre le droit de garde et le droit de visite, en particulier lorsqu'il s'agit d'accueillir ou non un recours du parent non titulaire de la garde mais bénéficiaire d'un droit de visite qui demande le retour de son enfant.

70. Toutefois, une tendance semble se dégager vers une interprétation extensive de la notion de déplacement ou de non-retour illicite, qui élargit la portée du droit de garde de telle manière que d'autres personnes que le titulaire de ce droit ont pu bénéficier de la protection de la convention.

71. Dans l'affaire *C. c. C* (Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles ; [1989] 1 W. L. R. 654, 657-658), par exemple, un parent titulaire de la garde avait emmené l'enfant hors d'Australie en violation d'une interdiction de déplacement (disposition également appelée *ne exeat*, interdisant de quitter une zone géographique déterminée). En l'espèce, le déplacement ne pouvait se faire sans le consentement du parent non titulaire de la garde. Les juges ont estimé que le droit de demander en justice le retour de l'enfant en vertu des dispositions de la convention s'appliquait. Ils

ont justifié ce raisonnement en estimant que la possibilité de donner ou de refuser son consentement pour le déplacement était équivalente au droit du titulaire de la garde « *de décider du lieu de résidence de l'enfant* ».

72. La Cour des affaires familiales d'Australie a suivi la même démarche dans l'affaire *José García Resina*, où un père, invoquant la convention, avait introduit une demande de retour de ses enfants emmenés en France par les grands-parents maternels (*In re José García Resina and. Muriel Ghislaine Henriette Resina* [1991], Appel N° 52 (Fam) (Austl.)). La cour australienne a examiné d'une part l'ordonnance d'attribution du droit de garde, qui assurait au père un « *droit de visite raisonnable* » au plus jeune des enfants, et d'autre part l'injonction interdisant à la mère comme au père d'emmener les enfants hors d'Australie. En définitive, elle a ordonné le retour des enfants sur le fondement de la convention, estimant que leur déplacement violait le droit de garde conféré au père par l'interdiction de déplacement. De même, la Cour suprême d'Israël a conclu qu'un accord passé entre les parents quant à la garde de l'enfant comportait une clause de consultation mutuelle pour les modifications majeures et les événements inhabituels, et que cette clause impliquait que les parents devaient décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant (*Foxman c. Foxman* [1992] A5271/92 (IsrSC)). Elle a donc considéré que le père avait un droit de garde au sens de la convention.

73. Il apparaît que d'autres juridictions nationales, en particulier dans les pays de *common law*, se sont appuyées sur l'affaire *C. c. C.*, et ont suivi son attendu de principe selon lequel si le parent titulaire de la garde a besoin de l'autorisation d'une autorité judiciaire ou du parent non titulaire de la garde pour pouvoir emmener l'enfant hors du pays, un déplacement fait sans une telle autorisation peut être considéré comme « *illicite* » au sens de l'article 3 de la convention (voir *Re F* ; Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles, [1995] 3 W.L.R. 339 : décision concluant à l'existence d'un « *droit de garde* » au bénéfice du père nonobstant le fait que la mère s'était vu attribuer la garde temporaire par une décision de justice et qu'aucune ordonnance n'interdisait le déplacement de l'enfant).

74. Néanmoins, la pratique des juridictions nationales n'est pas homogène. Ainsi, par exemple, la cour d'appel des Etats-Unis a-t-elle jugé qu'une interdiction de déplacement ne transformait pas le droit de visite en un « *droit de garde* » au sens de la Convention de La Haye (*Croll c. Croll*, 229 F.3d 133, 143, 2nd circuit, 2000).

C. Lois nationales pertinentes pour la mise en œuvre des instruments sous-mentionnés au niveau interne

1. La nouvelle loi fédérale suisse sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes

75. La « loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes », qui a été adoptée par le Parlement fédéral suisse le 21 décembre 2007 et qui a pour but de clarifier et de préciser certaines notions, relatives notamment à l'application de la Convention de La Haye de 1980, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Les articles de cette loi invoqués par les requérants sont libellés comme suit :

« Article 5 : Retour et intérêt de l'enfant

Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al. 1^{er}, let. b, CLaH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant ;
- b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui, et
- c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Article 6 : Mesures de protection

Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant règle, au besoin, les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et ordonne les mesures nécessaires pour assurer sa protection.

Si la demande a été déposée auprès de l'autorité centrale, le tribunal compétent peut ordonner la représentation de l'enfant, une curatelle ou d'autres mesures de protection, sur requête de cette autorité ou de l'une des parties, quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui. »

76. Dans le cadre de l'adoption de l'arrêté fédéral concernant cette loi, le Conseil fédéral a rédigé un message (Feuille fédérale 2007, pp. 2433-2682) dont les passages pertinents sont libellés comme suit :

« 6.4 Retour et intérêt de l'enfant (art. 5)

Afin d'assurer une application de la Convention de La Haye de 1980 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, § 1, lettre b, [de la Convention de La Haye de 1980]. 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 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 (article 5, lettre 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, [de la Convention de La Haye.]

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 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'article 13 [de la Convention de La Haye] 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 (article 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. »

2. Les notions de « garde » et d'« autorité parentale » en droit israélien

77. La notion d'« autorité parentale » (*guardianship*) est définie au chapitre 2 de la loi de 1962 sur la capacité juridique et la tutelle. La « garde » (*custody*) n'est pas définie en tant que telle, mais il en est fait mention.

78. En vertu de l'article 14 de cette loi, « les parents sont naturellement investis de l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs ». En Israël, les parents, qu'ils soient mariés, divorcés ou non mariés, sont investis conjointement et à égalité de l'autorité parentale sur leurs enfants. Le terme *guardianship* peut être considéré comme équivalant à l'expression *parental authority* utilisée dans d'autres systèmes juridiques.

79. L'autorité parentale (*guardianship*) est un droit que les deux parents acquièrent automatiquement et qui ne peut être restreint ou supprimé que dans des circonstances exceptionnelles (quand un tribunal de paix a prononcé l'une des mesures visées à l'article 3 §§ 3 et 4 de la loi sur la jeunesse (soins et supervision)). Cette règle est énoncée à l'article 27 de la loi.

80. L'article 15 définit et décrit le rôle des parents en droit israélien, et souligne que l'autorité parentale (*guardianship*) comporte les éléments suivants :

« L'autorité parentale dont sont investis les parents comprend le droit et le devoir de pourvoir aux besoins du mineur, y compris son éducation, ses études, sa formation et son activité professionnelles et de protéger, gérer et faire fructifier ses biens ; elle comprend également le droit de garde du mineur, le droit de décider de son lieu de résidence et la qualité pour agir en son nom et pour son compte. »

81. L'article 17 définit les obligations des parents. Il dispose que dans l'exercice de leur autorité parentale (*guardianship*), « les parents agissent dans l'intérêt supérieur du mineur en adaptant leur comportement aux circonstances en parents dévoués ».

82. De manière générale, il est présumé que les parents doivent coopérer l'un avec l'autre dans la prise des décisions relevant de l'exercice de leur autorité parentale (article 18). Si toutefois ils ne parviennent pas à un accord, ils peuvent demander à un tribunal de trancher (article 19).

83. L'article 24 prévoit que lorsque les parents ne vivent pas ensemble, ils peuvent décider d'un commun accord qui aura l'autorité parentale (*guardianship*) sur le mineur, en tout ou en partie, et qui aura la garde du mineur, et quels droits aura l'autre parent, en particulier en ce qui concerne les contacts avec l'enfant. L'accord ainsi conclu est soumis à l'approbation du tribunal.

84. En vertu de l'article 25, si les parents ne parviennent pas à un accord sur ces questions, elles peuvent être réglées par le tribunal, qui doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

85. L'article 25 pose en outre une présomption de droit de garde en faveur de la mère pour les enfants de moins de six ans, à moins que des raisons particulières ne commandent de renverser cette présomption.

86. Ainsi, les deux parents ont conjointement le droit de décider du lieu de résidence de leur enfant. Un parent ne peut emmener l'enfant hors d'Israël sans y avoir été autorisé par l'autre parent ou par une décision de justice. Si l'un des parents souhaite emmener l'enfant hors d'Israël sans le consentement de l'autre parent, il doit introduire auprès des juridictions israéliennes une demande d'ordonnance de déplacement et d'ordonnance attributive du droit de garde de l'enfant.

EN DROIT

I. ÉTENDUE DE LA SAISINE DE LA GRANDE CHAMBRE

87. Dans leur mémoire devant la Grande Chambre, les requérants dénoncent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, ils soutiennent que le retour forcé du requérant sans la requérante constituerait un traitement inhumain proscrit par l'article 3 ainsi qu'une violation de l'article 9, dans la mesure où il faudrait s'attendre à ce que le père du requérant le soumette aux préceptes de la communauté « Loubavitch », considérée par eux comme « ultra-orthodoxe », dont la requérante souhaite définitivement éloigner son enfant.

88. La Cour note toutefois que la Chambre a déclaré irrecevables les griefs tirés des articles 3 et 9 de la Convention pour non-épuisement des voies de recours internes. Dès lors, elle ne saurait en connaître (voir, parmi d'autres, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII).

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

89. Les requérants allèguent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

1. Applicabilité de l'article 8

90. La Cour rappelle les constatations suivantes de l'arrêt de la chambre :

« 79. Pour en venir aux circonstances de l'espèce, la Cour constate d'emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l'évidence de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, lequel est donc applicable (voir parmi beaucoup d'autres *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 68, CEDH 2003-VII).

(...)

81. Par ailleurs, il ne prête pas à controverse que le retour de l'enfant ordonné par le Tribunal fédéral constitue une « ingérence » dans le chef des deux requérants au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. »

91. La Grande Chambre souscrit à ces conclusions, que les parties n'ont d'ailleurs pas contestées. Il convient donc de rechercher si l'ingérence litigieuse répond aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8, c'est-à-dire si elle était « prévue par la loi », motivée par un ou des buts légitimes et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

2. Sur la justification de l'ingérence

a. Base légale

i. L'arrêt de la chambre

92. La chambre s'est exprimée comme suit (§ 80 de l'arrêt) :

« La Cour rappelle qu'en vertu de la Convention de La Haye est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (article 3, alinéa premier, lettre a). Le « droit de garde », au sens de la Convention de La Haye, comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5 lettre a). La Cour estime qu'en l'espèce, le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où, conformément à la décision du 27 juin 2004, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*), qui comprend, dans le cadre juridique israélien, le droit de déterminer la résidence de l'enfant. De plus, le déplacement de Noam rend illusoire, en pratique, le droit de visite (article 4, alinéa premier) qui avait été accordé à son père par la décision du 17 novembre 2004. Partant, il est indubitablement illicite au sens de la Convention de la Haye. »

ii. Thèses des parties

α) Les requérants

93. Les requérants considèrent qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un enlèvement international au sens de la Convention de La Haye. Ils soutiennent d'abord que l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère n'était pas illicite au sens de cet instrument. Selon eux, le Gouvernement commet une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il considère que la décision rendue le 17 novembre 2004 par le tribunal israélien instituait au profit de la mère une mesure de garde provisoire (*temporary custody*).

94. Les requérants estiment licite le déplacement de l'enfant en Suisse, notamment pour les raisons suivantes : le comportement du père à l'égard de la requérante et les menaces de mort qu'il aurait proférées à son endroit justifiaient une mesure spéciale de protection qui aurait été accordée le

12 janvier 2005 ; le père, par le fanatisme religieux qu'il afficherait publiquement, voudrait imposer unilatéralement à son enfant en bas âge, au mépris de l'intérêt de celui-ci et malgré le désaccord manifesté par la mère, un style de vie et une éducation religieuse radicale ultra-orthodoxes ; il aurait fait l'objet d'un mandat d'arrêt le 20 mars 2005 pour non-paiement de la pension alimentaire et aurait vu son droit de visite restreint et soumis à la surveillance des services sociaux en raison de son comportement irresponsable ; les plaintes pénales déposées contre lui en Israël seraient restées inefficaces ; enfin, le déplacement de l'enfant aurait été légal en vertu de la loi israélienne n° 5722-1962 (*Capacity and Guardianship Law*), dont l'article 25 *in fine* prévoit qu'en cas de désaccord entre les parents, l'enfant âgé de moins de six ans doit rester avec sa mère, et dont l'article 18 *in fine* autorise expressément l'un ou l'autre des parents à agir seul en cas d'urgence, ce qui serait le cas *a fortiori* quand il a la garde de l'enfant.

β) Le Gouvernement

95. Le Gouvernement estime que le déplacement du requérant était illicite. Soulignant que le rapport explicatif de la Convention de La Haye, établi en avril 1981, oppose le « droit de garde » à un simple « droit de visite », il argue qu'« on aurait abouti à des résultats contestables si, à travers une égale protection accordée aux droits de garde et de visite, l'application de la Convention avait conduit, au fond, à la substitution des titulaires de l'un par ceux de l'autre ». Ainsi, la question de savoir s'il existe une garde conjointe devrait être déterminée pour chaque cas d'espèce à la lumière du droit de la résidence habituelle de l'enfant.

96. Selon le Gouvernement, il apparaît clairement, au regard de la définition donnée à l'article 5, alinéa premier, lettre a) de la Convention de La Haye, que le *guardianship* israélien couvre « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence » au sens de cette disposition. Cette interprétation serait confirmée par le fait que l'article 3 de la Convention de La Haye mentionne expressément le cas où, comme en l'espèce, la garde est exercée conjointement. Il ressortirait clairement du rapport explicatif que sont notamment visés les cas de garde conjointe après une séparation ou un divorce des parents. A cet égard, le Gouvernement souligne que la Convention de La Haye prévoit expressément l'illicéité du déplacement de l'enfant contre la volonté du parent qui détient un droit de garde conjoint sans que l'enfant habite avec lui.

97. L'avis selon lequel l'autorité parentale conjointe serait dénuée de pertinence dès lors que la mère serait investie du droit de garde (« *custody* », voir l'opinion dissidente du juge Spielmann, jointe à l'arrêt de la chambre), ne trouverait pas de fondement suffisant dans les passages du rapport explicatif cités à l'appui de cette opinion. Relativement à l'observation du juge Spielmann, qui a relevé notamment que le rapport explicatif semblait

opérer une distinction entre le droit de garde et l'autorité parentale en ce qui concerne des enfants confiés à une institution, le Gouvernement soutient qu'il ressort du passage en cause qu'en cas de placement forcé de l'enfant, c'est l'institution en question qui en a la garde au sens de la Convention de La Haye. Arguant qu'en pareil cas, l'institution est appelée à veiller aux besoins de l'enfant et, notamment, à déterminer son lieu de résidence, le Gouvernement conclut que ce passage confirme également que la garde au sens de la Convention de La Haye correspond, en droit israélien, au *guardianship* et non à la *custody*.

98. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement considère que la Convention de La Haye trouve à s'appliquer et que le déplacement du requérant hors d'Israël doit être considéré comme illicite au sens de cet instrument. L'ensemble des autorités saisies de l'affaire, qu'il s'agisse des autorités israéliennes, des autorités suisses ou de la chambre de la Cour, auraient d'ailleurs partagé cette appréciation.

iii. Appréciation de la Cour

99. En l'espèce, la Cour relève que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 se fonde principalement sur la Convention de La Haye, qui est incorporée au droit suisse. Toutefois, les requérants contestent l'applicabilité de cet instrument en l'espèce car, d'après eux, l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère n'était pas illicite. La Cour doit dès lors examiner si la Convention de La Haye constituait une base légale suffisante pour ordonner le retour de l'enfant en Israël.

100. Elle rappelle d'emblée que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Il en va de même lorsque le droit interne renvoie à des règles du droit international général ou à des accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier leur applicabilité et la compatibilité avec la Convention de l'interprétation qui en est faite (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 72, CEDH 2008-...).

101. En l'espèce, le déplacement du requérant a été examiné par trois juridictions internes qui ont toutes conclu, au terme de décisions dûment motivées, que ce déplacement était illicite au sens de la Convention de La Haye. Cette appréciation a été confirmée par la chambre, principalement pour deux raisons : d'une part, bien que la requérante eût la garde, au moins provisoire, de l'enfant, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*) en vertu du droit israélien ; d'autre part, le déplacement de Noam rendait en pratique le droit de visite du père illusoire.

102. Il convient d'observer également que la notion de droit de garde, au sens de la Convention de La Haye, a une portée autonome (paragraphes 66-67 ci-dessus), dans la mesure où elle est appelée à s'appliquer à tous les Etats parties à cette convention, dont les systèmes juridiques peuvent varier

quant à la définition de cette notion. En l'espèce, il apparaît qu'en droit israélien, l'institution du *guardianship* se rapproche du droit de garde au sens de l'article 5, alinéa premier, lettre a), de la Convention de La Haye, cette notion comprenant en effet le droit « de décider du lieu de résidence » de l'enfant. Or, le *guardianship* comporte, lui aussi, ce droit. En l'espèce, il a été violé, puisqu'il devait être exercé conjointement par les deux parents, et rien n'indique d'ailleurs qu'il n'a pas été exercé effectivement jusqu'au déplacement de l'enfant, comme le requiert l'article 3, alinéa premier, lettre b) de cette convention.

103. En outre, il y a lieu de tenir compte de ce que la mère a emmené l'enfant en Suisse en violation de l'ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien imposée à sa demande par le tribunal israélien compétent. Or il apparaît que les juridictions de certains Etats considèrent la violation de telles ordonnances comme donnant lieu à l'application de la Convention de La Haye (paragraphe 69-74 ci-dessus).

104. Enfin, même si en principe la Convention de la Haye ne s'applique qu'en cas de violation d'un droit de garde, il ressort de son préambule, de son article premier, alinéa premier, lettre b) et de son article 21 (paragraphe 57 ci-dessus) qu'elle vise également à protéger le droit de visite. Or, en l'espèce, il ne fait pas de doute que le déplacement du requérant a porté atteinte à la possibilité pour son père d'exercer le droit de visite dont il était investi.

105. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime, avec la Chambre, que la requérante a déplacé son enfant d'Israël vers la Suisse de manière « illicite » au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye. Elle a ainsi commis un enlèvement au sens de cette convention, laquelle trouve donc à s'appliquer en l'espèce. Partant, en ce qu'elle ordonnait le retour de l'enfant conformément à l'article 12 de la convention, la mesure litigieuse reposait sur une base légale suffisante.

b. But légitime

106. La Cour partage l'avis de la chambre selon lequel la décision de retour adoptée par le Tribunal fédéral avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de Noam et de son père, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté par les parties devant la Grande Chambre.

c. Nécessité de l'ingérence dans une société démocratique

i. L'arrêt de la chambre

107. De l'avis de la chambre, l'ingérence que constituerait le retour de Noam ne serait pas disproportionnée. A cet égard, la chambre a noté les nombreuses mesures prises par les autorités israéliennes afin de protéger les requérants lorsqu'ils résidaient encore dans le pays. Le retour en Israël était envisageable pour la mère ainsi que pour l'enfant, étant donné que celui-ci

avait un âge où il pouvait encore s'adapter (§§ 80 et 89). En ce qui concerne le risque de sanction pénale contre la mère, la chambre a estimé dignes de foi les assurances données par les autorités israéliennes en la matière, eu égard notamment à leur attitude envers la mère et l'enfant avant leur départ en Suisse (§ 90). Elle a souligné également qu'il était dans l'intérêt supérieur de tout enfant de grandir dans un environnement lui permettant d'entretenir des contacts réguliers avec ses deux parents (§ 91). En outre, aucun indice ne porterait à croire que la requérante ne pourrait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pourraient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse « Heder » (§ 92).

ii. *Thèses des parties*

α) Les requérants

108. Les requérants indiquent que, dans le cas d'espèce, il convient de rappeler que la requérante est titulaire du droit de garde de l'enfant tandis que le père ne bénéficie que d'un droit de visite limité et sous surveillance, compte tenu de son comportement selon eux inadmissible, qui aurait été reconnu comme tel de manière unanime par tous les juges saisis de cette affaire. Selon les requérants, ce point est essentiel, car il distingue nettement le présent cas de l'affaire *Bianchi c. Suisse* (n° 7548/04, § 77, 22 juin 2006), dans laquelle la Cour a souligné que si elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes pour régler les questions de garde et de visite, elle peut néanmoins apprécier, sous l'angle de la Convention, les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

109. Les requérants estiment que la méthode employée par le Tribunal fédéral s'éloigne très sensiblement de celle adoptée par les deux premières instances à l'appui de leurs décisions respectives : si celles-ci ont refusé de retenir une interprétation trop stricte des dispositions découlant des instruments internationaux pertinents, tel ne serait pas le cas du Tribunal fédéral, qui aurait limité le champ de son analyse en adoptant délibérément une position ouvertement restrictive. Alors que les premiers juges s'étaient prononcés contre le retour, en se fondant notamment sur l'intérêt supérieur de l'enfant, sur le risque grave de danger psychique, ainsi que sur la situation intolérable auxquels ils estimaient qu'il serait confronté en cas de retour en Israël, avec ou sans sa mère, le Tribunal fédéral aurait purement et simplement écarté cette approche, pourtant étayé par un rapport d'expertise, en déclarant que la mesure à prendre était finalement de contraindre la mère titulaire du droit de garde à retourner en Israël avec l'enfant sous peine de l'en séparer. Or, la requérante aurait toujours déclaré qu'elle ne retournerait pas en Israël, en raison non seulement de la situation intolérable qui l'avait précisément conduite à en partir en juin 2005, mais aussi du déracinement

que cela entraînerait pour elle et pour son enfant et des démêlés judiciaires auxquels elle serait exposée dans ce pays. De plus, étant seule à assumer financièrement la charge de l'enfant, la requérante ne pourrait raisonnablement se voir contrainte d'abandonner son emploi en Suisse. Par ailleurs, l'enfant et sa mère seraient parfaitement intégrés dans le milieu et la vie sociale de Lausanne depuis plus de quatre ans.

110. Les requérants estiment que le risque d'emprisonnement de la mère en cas de retour en Israël est avéré, et que les conséquences civiles d'une séparation d'avec son fils seraient désastreuses. Ils exposent qu'en vertu de la loi pénale israélienne 5737-1977, la mère encourt des sanctions pénales très sévères ; et que, contrairement à ce qu'a indiqué le Tribunal fédéral, elle se verrait très certainement infliger une telle sanction en cas de retour en Israël, ce qui constituerait indubitablement, selon eux comme selon le rapport du médecin expert en date du 16 avril 2007, un traumatisme psychique majeur et une situation intolérable pour l'enfant, qui se verrait en pratique imposer une séparation immédiate et douloureuse d'avec sa mère. Les requérants affirment que les conséquences d'une incarcération de la requérante en Israël seraient également désastreuses sur le plan civil pour l'avenir de la mère et du fils. Ils allèguent qu'en pareil cas, Noam, séparé de sa mère incarcérée, ne serait pas non plus confié à son père, en raison des décisions précédemment rendues à l'encontre de celui-ci, de son instabilité et de l'insuffisance de ses ressources. Ils rappellent à ce stade que le père s'est remarié le 1^{er} novembre 2005 avec G., dont il a divorcé le 29 mars 2006 alors qu'elle était enceinte ; et ils précisent qu'il a ensuite contracté une troisième union et qu'il a de nouveau été poursuivi en 2008, par sa seconde épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour leur fille.

111. Les requérants soutiennent également que ni les autorités israéliennes ni le gouvernement défendeur n'ont donné de garantie fiable qu'en cas de retour en Israël, la requérante serait à l'abri de sanctions pénales et d'une séparation d'avec son enfant, dont elle a la garde. La lettre produite par le gouvernement défendeur à l'appui de ses observations du 15 février 2008 (annexe 3 ; paragraphe 40 ci-dessus) ne contiendrait aucun élément permettant d'écarter de façon certaine tout risque de sanction pénale à l'encontre de l'intéressée en cas de retour.

112. Les requérants rappellent également que, dans son rapport d'expertise du 16 avril 2007, le docteur B., médecin expert, tenant compte du fait que la mère excluait un retour en Israël en raison des risques judiciaires auxquels elle serait exposée, a conclu qu'un retour de l'enfant sans sa mère constituerait un traumatisme psychologique majeur, générateur d'une angoisse de séparation extrême et d'un risque important de dépression sévère.

113. Selon les requérants, l'avis exprimé par le Tribunal fédéral et par le gouvernement défendeur dans la présente affaire ne reflète pas ceux du

Conseil fédéral, de la doctrine et du Parlement suisse, ni ceux des principales organisations qui ont été consultées avant l'adoption, le 21 décembre 2007, de la nouvelle loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes.

114. Le non-retour de l'enfant en Israël ne porterait pas non plus atteinte au système international de protection institué par la Convention de La Haye ; au contraire, il le renforcerait. Selon les requérants, s'il est vrai que le principe de cet instrument est de renvoyer un enfant déplacé de manière illicite dans l'Etat de sa résidence habituelle avec l'aide des autorités centrales désignées à cette fin, il faut néanmoins souligner que ce principe est assorti d'une exception dans le cas où le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychique et/ou à une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye). Par ailleurs, ils rappellent qu'aujourd'hui la Convention de La Haye n'est plus le seul instrument d'appréciation applicable aux procédures de cette nature. Ils soulignent que la Convention relative aux droits de l'enfant fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant. Ainsi, ils estiment que le Tribunal fédéral aurait dû se garder d'écarter l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'à cette fin, il lui fallait, d'une part, rechercher et peser concrètement et objectivement les conséquences d'un éventuel retour du requérant en Israël et, d'autre part, rechercher et décrire, avant de se prononcer, les modalités adéquates et applicables après l'éventuel retour de l'enfant.

115. Quant à la possibilité, pour les parents, de décider ensemble de l'éducation de l'enfant, elle ne serait pas envisageable en l'espèce, du fait de la position radicale adoptée par le père. Les requérants soulignent à ce propos qu'au moment de son mariage avec la requérante, le 16 octobre 2001, M. Shuruk n'avait pas encore adopté un comportement religieux radical. Ce ne serait qu'à partir de l'automne 2003, soit peu de temps après la naissance de l'enfant, que le père aurait choisi, sans tenir compte de l'avis de la mère, de rejoindre un mouvement religieux ultra-orthodoxe, bouleversant ainsi totalement les règles de vie adoptées par les époux au moment de leur union. M. Shuruk ne contesterait d'ailleurs pas avoir rejoint le mouvement juif ultra-orthodoxe « Loubavitch », qui est selon les requérants un « courant mystique et ascétique » traditionnel relevant du judaïsme hassidique, qui pratiquerait un prosélytisme intense. M. Shuruk ne contesterait pas davantage avoir cherché à imposer à son épouse et à son enfant un mode de vie radical, qui impose par exemple aux femmes de se cacher les cheveux et aux garçons d'être envoyés dès l'âge de trois ans dans des écoles religieuses appelées « Heder ». A cet égard, la requérante précise qu'elle n'entend pas couper son fils de ses racines et que, depuis 2006, celui-ci fréquente une garderie laïque municipale un jour par semaine, et une garderie israélienne privée agréée par l'Etat où lui sont

enseignés, outre les modules du programme scolaire du canton de Vaud, les principes de base du judaïsme.

116. Enfin, les requérants soutiennent que la protection de l'enfant commande que les autorités de l'Etat requis aient préalablement pris toutes les mesures de précaution nécessaires au retour ordonné. Or ils estiment qu'il ressort notamment des observations du Gouvernement du 15 février 2008 que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution.

117. Pour ces raisons, les requérants concluent que le retour de l'enfant en Israël constituerait une ingérence injustifiée, dans une société démocratique, dans l'exercice de leur droit au respect de la vie familiale tel qu'il est établi par l'article 8 de la Convention.

β) Le Gouvernement

118. Le Gouvernement estime que si le retour en Israël implique pour la requérante des désagréments qui peuvent être sources d'insatisfaction, ceux-ci sont inhérents au système de la Convention de La Haye, dont ils ne sauraient rendre le mécanisme inopérant. Selon le Gouvernement, ce ne serait que si le retour impliquait des violations des droits de l'homme allant au-delà de l'ingérence inhérente au retour prévu par la Convention de La Haye qu'il devrait être déclaré incompatible avec la Convention, hypothèse d'ailleurs prévue à l'article 20 de la Convention de La Haye. De l'avis du Gouvernement, les exceptions au retour de l'enfant doivent être appliquées de manière restrictive si l'on veut éviter que la Convention de la Haye ne devienne lettre morte.

119. Le Gouvernement s'appuie également sur l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, CEDH 2007-XIII, dans lequel la Cour a précisé que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le parent ravisseur de parvenir à légitimer juridiquement, par le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait qu'il aurait unilatéralement créée. Dans cette affaire, les autorités nationales auraient notamment souligné que la mère pouvait, contrairement à ce qu'elle soutenait, accompagner son enfant dans l'Etat où il avait sa résidence habituelle, afin d'y faire valoir ses droits. La Cour aurait attaché une importance déterminante à cet élément, la mère pouvant accéder librement au territoire de l'Etat en question et y saisir les juridictions compétentes.

120. Selon le Gouvernement, l'argumentation développée dans les opinions dissidentes en la présente affaire, puis reprise par les requérants dans leur demande de renvoi, n'est pas susceptible de remettre en question le bien-fondé de l'appréciation faite par le Tribunal fédéral et par la chambre. On ne pourrait pas déduire, dans le contexte de la Convention de La Haye, que la bonne intégration sociale de la requérante à Lausanne s'oppose à ce qu'elle accompagne le requérant si celui-ci retournait en Israël. L'intéressée ayant vécu six ans dans ce pays, il y aurait lieu d'admettre qu'elle y dispose

d'un certain réseau social. A cet égard, le Gouvernement souligne que l'expertise du docteur B. mentionne qu'elle a décidé de s'établir en Israël après y avoir passé des vacances dans sa famille.

121. En ce qui concerne le risque de sanctions pénales, le Gouvernement estime que les opinions dissidentes et la demande de renvoi de la partie requérante ne font apparaître aucun élément nouveau. Il souligne qu'il ressort certes d'une lettre de l'autorité centrale israélienne remise à la chambre des tutelles par le père de l'enfant que le droit pénal israélien prévoit une peine privative de liberté pour enlèvement d'enfant ; mais que des directives du ministère public israélien prévoient que lorsqu'elle est saisie d'une telle affaire, la police transfère le cas à l'autorité centrale israélienne, qui est chargée de l'application de la Convention de La Haye et qui formule alors des recommandations sur la solution à apporter au cas d'espèce. A cet égard, le Gouvernement rappelle que, selon les directives pertinentes, une procédure pénale ne doit être ouverte que dans des cas très exceptionnels, et que l'autorité centrale israélienne a indiqué que, dans la présente affaire, elle envisageait de donner pour instruction à la police de clore l'affaire pénale si la requérante se montrait prête à coopérer avec les autorités israéliennes et à respecter le droit de visite accordé au père par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv et si elle ne disparaissait pas à nouveau avec l'enfant (lettre du 30 avril 2007, jointe aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). A cet égard, le Gouvernement estime que le système de la Convention de La Haye est fondé sur la confiance mutuelle des Etats parties à cet instrument, et que si un Etat devait ne pas se conformer aux assurances qu'il donne, il s'exposerait au risque que les autres Etats ne coopèrent plus avec lui de la manière prévue. Ainsi, le Gouvernement considère, comme la chambre, qu'il n'y a pas lieu de douter de la crédibilité des assurances données dans cette lettre et que la requérante ne risque pas de se voir infliger des sanctions pénales (§ 90 de l'arrêt de chambre).

122. Le Gouvernement estime encore que, tout au long de la procédure interne, la requérante n'a jamais évoqué le moindre élément concret concernant d'éventuelles conséquences judiciaires auxquelles elle se verrait exposée en cas de retour. Bien au contraire, elle aurait affirmé devant la justice de paix, lors de l'audience du 29 août 2006, qu'elle n'envisageait même pas l'éventualité d'un retour en Israël et qu'elle ignorait ce qu'elle risquerait personnellement si elle retournait dans ce pays.

123. Enfin, le fait que le père du requérant ne s'acquitte pas de ses obligations d'entretien ne s'opposerait pas non plus à ce que l'on puisse raisonnablement attendre de la requérante qu'elle retourne en Israël. De l'avis du Gouvernement, si l'on se place du strict point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait sans doute préférable pour lui de grandir en entretenant des contacts avec son père, même si celui-ci ne subvient pas à ses besoins matériels, que sans le connaître.

124. En réponse aux craintes exprimées dans les opinions dissidentes, et reprises par les requérants dans leur demande de renvoi, selon lesquelles, premièrement, toute tentative de la requérante d'exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils serait vouée à l'échec et que, deuxièmement, la chambre se serait fiée de manière abstraite à un système juridique dont les principes en matière de droit de la famille diffèrent parfois sensiblement de ceux qui sont appliqués en Europe, le Gouvernement renvoie au rapport explicatif de la Convention de La Haye, selon lequel l'une des préoccupations prises en compte lors de la rédaction de la convention a été d'éviter le risque que les décisions rendues en application de cet instrument ne traduisent « des manifestations du particularisme culturel, social, etc., d'une communauté nationale donnée » et donc, au fond, ne portent « des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché » (§ 22 du rapport explicatif). De plus, en cas de désaccord quant à l'éducation religieuse d'un mineur, le tribunal attribuant l'autorité parentale se prononcerait en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si les tribunaux israéliens saisis de l'affaire étaient religieux ou laïcs, on ne pourrait faire abstraction du fait qu'ils ont suivi les recommandations de l'assistante sociale en charge du cas et qu'ils ont imposé maintes restrictions au père du requérant, dont le comportement aurait pourtant été lié à ses idées religieuses. Rien ne permettrait donc d'affirmer que ces juridictions n'agiraient pas de manière appropriée en raison du « contexte religieux de l'affaire ».

125. Le Gouvernement rappelle également qu'avant le départ des requérants, leur situation familiale était suivie de près par les services sociaux de Tel Aviv et par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, lequel a notamment interdit au père de l'enfant de s'approcher de l'appartement de la requérante et de l'école maternelle où se trouvait le requérant, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque façon que ce soit, y compris moralement, et ce en tout lieu, d'utiliser l'appartement où elle vivait, et de porter ou de détenir une arme. Le Gouvernement souligne qu'il n'est pas contesté que le père respectait ces mesures (protocole de l'audience du 29 août 2006 devant la justice de paix).

126. Il ressortirait également d'une lettre adressée par l'autorité centrale israélienne au Tribunal cantonal que la loi israélienne de 1991 pour la prévention de la violence familiale prévoit des mesures de protection en cas d'allégations de violence dans le cadre de la famille (voir la lettre du 12 mars 2007, annexe 6 aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). L'attitude des autorités israéliennes et les mesures prises avant le départ de la requérante avec son fils démontreraient que les dispositions de cette loi sont appliquées de manière efficace. Dans ces circonstances, et à la lumière des mesures prises par les autorités israéliennes, le Gouvernement estime

que l'attitude du père du requérant ne constitue pas un risque au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye.

127. Enfin, le séjour prolongé des requérants en Suisse ne constituerait pas un obstacle à leur retour dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye. Le Gouvernement, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt de la chambre, considère en particulier que, compte tenu du jeune âge du requérant, celui-ci ne serait exposé à aucun risque au sens des dispositions pertinentes.

128. Dans la mesure où les requérants ont également critiqué l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 en ce qu'il ne prévoit aucune modalité d'exécution, le Gouvernement rappelle que l'exécution des jugements du Tribunal fédéral relève de la compétence des autorités cantonales. Il précise que l'autorité compétente en l'espèce était la justice de paix du district de Lausanne, qui avait rendu la décision de première instance ; que, le 20 août 2007, le père de l'enfant a saisi cette autorité d'une requête tendant à la nomination d'un curateur *ad hoc* pour l'enfant chargé d'organiser son départ conformément à la décision du Tribunal fédéral ; et que, la Cour ayant décidé, le 27 septembre 2007, d'accorder l'effet suspensif au cas d'espèce, le père a retiré sa requête le 1^{er} octobre 2007. Telles seraient les raisons pour lesquelles, à ce stade, les modalités du retour de l'enfant n'ont pas encore été définies. Le Gouvernement rappelle également que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 16 août 2007, a ordonné le retour de l'enfant en partant du principe que l'on pouvait attendre de la mère qu'elle l'accompagne. De plus, l'organisation du retour relèverait en premier lieu de la responsabilité de la requérante qui, ayant enlevé son fils, se trouverait à l'origine du présent litige. Le Gouvernement expose cependant que, si la requérante avait fait part à l'autorité compétente pour l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral de craintes concrètes liées à des aspects précis d'un retour en Israël, ladite autorité aurait pu examiner des mesures à même d'y remédier. Enfin, les autorités suisses n'auraient pas examiné plus avant les modalités du retour de l'enfant en raison des mesures provisoires indiquées par la Cour.

129. Le Gouvernement considère que, de toute évidence, en présence d'un séjour d'une durée de plus de quatre ans dans le pays d'accueil, on ne peut plus parler de retour immédiat au sens de la Convention de La Haye ; et que, s'il est vrai qu'au moment de l'arrêt du Tribunal fédéral, il était justifié de ne pas tenir compte de l'écoulement du temps, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En d'autres termes, il estime que les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violation des droits des intéressés.

130. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement est convaincu que les conditions visées à l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye ne sont manifestement pas réunies en l'espèce et que, effectuée

dans le respect cette disposition, la pesée des intérêts en présence, même si elle implique des conséquences difficiles pour la requérante, respecte les exigences de l'article 8 § 2 de la Convention.

iii. Appréciation de la Cour

α) Principes généraux

131. La Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18, § 29, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 90, CEDH 2001-II, et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI).

132. En matière d'enlèvement international d'enfants, les obligations que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants doivent dès lors s'interpréter notamment en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 51, CEDH 2003-V, et *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 95, CEDH 2000-I) et de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (*Maire*, précité, § 72). La Cour s'est, par exemple, à plusieurs reprises inspirée de la Convention de La Haye, en particulier de son article 11, lorsqu'elle a été confrontée à la question de savoir si les autorités judiciaires ou administratives saisies d'une demande de retour d'un enfant ont procédé avec la rapidité et la diligence nécessaires, toute inaction d'une durée qui excède six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation (voir, pour le texte de cette disposition, paragraphe 57 ci-dessus et, pour des cas d'application, les arrêts *Carlson c. Suisse*, n° 49492/06, § 76, CEDH 2008-..., *Ignaccolo-Zenide*, précité, § 102, *Monory*, précité, § 82, et *Bianchi*, précité, § 94).

133. Toutefois, la Cour doit également tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains, et de sa propre mission, fixée à l'article 19, consistant à "assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes" à la Convention (voir, parmi d'autres, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93, série A n° 310). C'est pourquoi elle est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, en particulier pour rechercher si, dans l'application et l'interprétation de la Convention de La Haye, ceux-ci ont respecté les garanties de la Convention, notamment de son article 8 (dans ce sens *Bianchi*, précité, 92, et *Carlson*, précité, § 73).

134. Dans ce domaine, le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière (*Maumousseau et Washington*, précité, § 62), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX), comme en atteste d'ailleurs le Préambule de la Convention de La Haye selon lequel « l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde ». L'intérêt supérieur de l'enfant peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*ibid.*, et *Haase c. Allemagne*, n° 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 58, CEDH 2002-I, avec les nombreuses références citées).

135. La Cour note qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (voir, ci-dessus, les multiples références citées dans les paragraphes 49-56, et notamment l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Comme l'indique par exemple la Charte, « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

136. L'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré c. France*, précité, § 59). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (voir, parmi d'autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 50, CEDH 2000-VIII, et *Maršálek c. République tchèque*, n° 8153/04, § 71, 4 avril 2006).

137. La même philosophie se trouve à la base de la Convention de La Haye, qui prévoit en principe le retour immédiat d'un enfant enlevé sauf en cas de risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b)). En d'autres termes, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est sous-jacente également à la Convention de La Haye. D'ailleurs, certaines juridictions nationales ont

expressément intégré cette notion dans l'application du terme « risque grave » au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de cette convention (paragraphe 58-64 ci-dessus). Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'article 13 doit être interprété en conformité avec la Convention.

138. Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voir les lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A, p. 20, § 55, et *Kutzner* précité, §§ 65-66 ; voir également *Tiemann c. France et Allemagne*, (déc.), n°s 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV, *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 69).

139. En outre, la Cour doit s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits (*Tiemann*, précité, et *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII (extraits)). Pour ce faire, elle doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine (*Maumousseau et Washington*, précité, § 74).

140. La Cour a déjà eu à examiner la question de savoir si les conditions d'exécution d'une mesure de retour d'un enfant étaient compatibles avec l'article 8 de la Convention. Elle a défini ainsi les obligations incombant aux Etats à cet égard dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (arrêt précité, § 83) :

« Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, la Cour rappelle qu'il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. S'agissant de l'obligation pour l'Etat d'arrêter des mesures positives, l'article 8 implique le droit d'un parent – en l'occurrence le père – à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre (voir, par exemple, *Ignaccolo-Zenide* précité, § 94). Toutefois, cette obligation n'est pas absolue, car il arrive que la

réunion d'un parent avec ses enfants ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l'étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées constituent toujours un facteur important. En outre, lorsque des difficultés apparaissent, dues principalement au refus du parent avec lequel se trouve l'enfant de se soumettre à l'exécution de la décision ordonnant son retour immédiat, il appartient aux autorités compétentes de prendre les mesures adéquates afin de sanctionner ce manque de coopération et, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas, en principe, souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant (*Maire* précité, § 76). Enfin, dans ce genre d'affaire, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre : les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution de la décision rendue à leur issue, appellent en effet un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. La Convention de La Haye le reconnaît d'ailleurs, en prévoyant un ensemble de mesures tendant à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus de façon illicite dans tout Etat contractant. Aux termes de l'article 11 de cette convention, les autorités judiciaires ou administratives saisies doivent ainsi procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, tout retard pour agir dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande d'explication (*Maire* précité, § 74). »

β) Application de ces principes au cas d'espèce

141. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël. En revanche, elle est compétente pour rechercher si les tribunaux internes, dans l'application et l'interprétation des dispositions de cette convention, ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

142. La Cour note que les juridictions nationales saisies du dossier n'ont pas été unanimes quant à la suite à lui donner. Ainsi, le 29 août 2006, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père tendant au retour de l'enfant, estimant qu'il se trouvait dans un cas d'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye (paragraphe 36 ci-dessus). Le 22 mai 2007, cette décision fut confirmée en substance par la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud (paragraphe 41 ci-dessus). En revanche, le 16 août 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père et ordonna le retour de Noam. Selon lui, on chercherait en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant, dans l'hypothèse – acceptable, d'après le Tribunal – où la mère rentrerait en Israël (paragraphe 44 ci-dessus). Enfin, le 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne prit une ordonnance de mesures provisionnelles fixant le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendant le droit de visite du père sur son fils et attribuant à titre exclusif

l'autorité parentale à la mère. Il observa notamment que ni le père ni son avocat ne s'étaient jamais présentés aux audiences devant ce tribunal et estima que, dès lors, le père s'était désintéressé de la cause (paragraphe 47 ci-dessus).

143. Par ailleurs, plusieurs rapports d'expertise ont conclu à l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour en Israël. D'après le premier, rendu le 16 avril 2007 par le docteur B., le retour de l'enfant en Israël avec sa mère l'aurait exposé à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant. Quant au retour de l'enfant sans sa mère, il l'aurait également exposé à un danger psychique majeur (paragraphe 37 ci-dessus). Le second rapport, établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., conclut au fait qu'un retour brutal de Noam en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour l'enfant (paragraphe 46 ci-dessus).

144. Il semble donc qu'aux yeux des juridictions et experts nationaux, en tout état de cause seul un retour de Noam avec sa mère soit envisageable. Même le Tribunal fédéral, seule juridiction nationale à avoir ordonné le retour de l'enfant, a fondé sa décision sur la considération qu'en l'absence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de la mère de rentrer en Israël, on pouvait raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans cet Etat avec l'enfant. Il convient dès lors de déterminer si cette conclusion se justifie sur le terrain de l'article 8, c'est-à-dire si le retour forcé de l'enfant, accompagné de sa mère, qui semble pourtant exclure cette éventualité, représenterait une ingérence proportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de chacun des requérants.

145. Même si des doutes à ce sujet peuvent paraître justifiés, la Cour est prête à admettre qu'en l'espèce, la mesure en question entre encore dans la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière. Toutefois, pour juger du respect de l'article 8, il convient de tenir compte aussi des développements qui se sont produits depuis l'arrêt du Tribunal fédéral ordonnant le retour de l'enfant (voir, *mutatis mutandis*, *Sylvester c. Autriche*, n^{os} 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003). La Cour doit en effet se placer au moment de l'exécution de la mesure litigieuse (voir, *mutatis mutandis*, *Maslov c. Autriche* [GC], n^o 1638/03, § 91, CEDH 2008-...). Si celle-ci intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de La Haye, qui est essentiellement un instrument de nature procédurale, et non un traité relatif à la protection des droits de l'homme, protégeant les individus de manière objective. D'ailleurs, selon l'article 12, alinéa deuxième, de cette Convention, l'autorité judiciaire ou administrative saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa premier doit certes ordonner le retour de l'enfant, mais à condition qu'il ne soit pas établi que celui-ci s'est intégré

dans son nouveau milieu (voir, dans ce sens, *Koons c. Italie*, n° 68183/01, §§ 51 et suiv., 30 septembre 2008).

146. La Cour estime qu'elle peut s'inspirer ici, *mutatis mutandis*, de sa jurisprudence sur l'expulsion des étrangers (*Maslov*, précité, § 71, et *Emre c. Suisse*, n° 42034/04, § 68, 22 mai 2008) en vertu de laquelle, pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'expulsion visant un mineur intégré dans le pays d'accueil, il y a lieu de prendre en compte son intérêt et son bien-être, en particulier la gravité des difficultés qu'il est susceptible de rencontrer dans le pays de destination, ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte, d'une part, et avec le pays de destination, d'autre part. Entre également en ligne de compte la gravité des difficultés que l'un des membres de la famille de la personne menacée de l'expulsion risque de rencontrer dans le pays vers lequel elle doit être expulsée (dans ce sens *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 57, CEDH 2006-XII).

147. S'agissant de Noam, la Cour note qu'il a la nationalité suisse et qu'il est arrivé dans le pays en juin 2005, à l'âge de deux ans. Il y vit depuis lors sans interruption. Aux dires des requérants, il y est parfaitement intégré et y fréquente depuis 2006 une garderie laïque municipale et une garderie israélite privée agréée par l'Etat. Par ailleurs, il est scolarisé en Suisse et parle le français (voir l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, paragraphe 47 ci-dessus). Même s'il est vrai qu'il est encore à un âge où la faculté d'adaptation est encore grande, le fait d'être une nouvelle fois déraciné de son milieu habituel aurait sans doute des conséquences graves pour lui, en particulier s'il rentrait seul, comme cela ressort des rapports médicaux. Son retour en Israël ne saurait donc être considéré comme bénéfique.

148. Dès lors, le trouble important que le retour forcé du requérant risque de provoquer dans son esprit doit être pesé par rapport au bénéfice qu'il est susceptible d'en retirer. A cet égard, il y a lieu de relever, avec le tribunal d'arrondissement, que des restrictions avaient été imposées par les tribunaux israéliens, dès avant l'enlèvement de l'enfant, au droit de visite du père, lequel ne fut plus autorisé à le voir que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv (paragraphe 47 ci-dessus). Par ailleurs, selon les requérants, non contredits par le Gouvernement, le père de Noam se serait remarié le 1^{er} novembre 2005 et aurait divorcé quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte. Il aurait ensuite contracté une troisième union. Il aurait à nouveau été poursuivi en 2008, par sa deuxième épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille. La Cour doute que de telles circonstances, à les supposer avérées, soient bénéfiques au bien-être et au développement de l'enfant.

149. Quant aux inconvénients qu'un retour représenterait pour la mère, elle pourrait être exposée à un risque de sanctions pénales, dont l'ampleur

reste toutefois à déterminer. Les requérants ont invoqué devant la Cour la lettre de l'autorité centrale israélienne, du 30 avril 2007, dont il ressort que l'éventuelle renonciation par les autorités israéliennes à des poursuites pénales serait soumise à plusieurs conditions liées au comportement de la requérante (paragraphe 40 ci-dessus). Dans ces conditions, de telles poursuites, qui le cas échéant pourraient donner lieu à une peine d'emprisonnement, ne sont pas à exclure entièrement (voir, *a contrario*, *Paradis et autres c. Allemagne*, n° 4783/03, (déc.), 15 mai 2003). Il est évident qu'un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la requérante représente sans doute la seule personne de référence.

150. Aussi le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît-il pas entièrement injustifié. Possédant la nationalité suisse, elle a le droit de rester dans ce pays. A supposer même qu'elle consente à retourner en Israël, se pose la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse où la requérante serait poursuivie, puis incarcérée. Il est permis de douter des capacités du père de le faire, compte tenu de son passé et du caractère limité de ses ressources financières. Il n'a jamais habité seul avec l'enfant et ne l'a pas vu depuis son départ.

151. En conclusion, et à la lumière de toutes ces considérations, notamment des changements ultérieurs dans la situation des intéressés, exprimés en particulier dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant à la mère, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël. En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

152. La chambre a considéré que le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention devait être considéré comme constituant l'un des points essentiels du grief tiré de l'article 8 et qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner séparément (arrêt de chambre, § 104).

153. La Grande Chambre juge opportun de confirmer cette conclusion, et constate d'ailleurs que les parties ne l'ont pas contestée devant elle.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

154. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

155. Les requérants ne demandent aucune somme au titre du dommage matériel. Ils estiment que le constat éventuel de violation de l'article 8 suffirait à réparer le préjudice moral subi.

156. La Cour partage l'avis des requérants et conclut qu'aucun montant n'est dû au titre du dommage.

B. Frais et dépens

157. Au titre des frais et dépens, les requérants demandent que leur soit allouée la somme globale de 53 625 EUR, qui se décompose comme suit : 18 158,81 EUR pour la procédure interne, 13 112,92 EUR pour la procédure devant la chambre, et 22 353,27 EUR pour la procédure devant la Grande Chambre.

158. Le Gouvernement rappelle que les questions transmises par la chambre ne concernent qu'une partie des griefs soulevés. Dès lors, il estime que si la Cour devait constater une violation des droits des requérants, un montant total de 10 000 CHF (environ 6 667 EUR) serait approprié en l'espèce au titre des frais et dépens engagés dans la procédure devant les instances internes et devant la chambre. En ce qui concerne la procédure devant la Grande Chambre, le Gouvernement considère qu'une somme de 7 000 CHF (environ 4 667 EUR) serait un montant approprié.

159. La Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder aux requérants le remboursement des frais et dépens qu'ils ont engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (*Zimmermann et Steiner c. Suisse*, arrêt du 13 juillet 1983, série A n° 66, p. 14, § 36, et *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2334, § 63). Il faut aussi que se trouvent établis la réalité de ces frais, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 30, CEDH 1999-V, et *Linnekogel c. Suisse*, n° 43874/98, § 49, 1^{er} mars 2005).

160. Eu égard à ce qui précède, la Cour note que seul le grief tiré de l'article 8 a en l'espèce abouti à un constat de violation de la Convention. Le surplus de la requête est irrecevable. De surcroît, il n'est pas certain que les prétentions des requérants soient suffisamment étayées pour satisfaire

entièrement aux exigences de l'article 60 § 2 du règlement de la Cour. En tout état de cause, elles s'avèrent exagérées, notamment pour ce qui est du montant demandé pour la procédure devant la Grande Chambre. L'enlèvement de Noam ayant déjà été examiné en détail par les instances internes et par la chambre, la Cour n'est pas convaincue que la procédure devant la Grande Chambre, en particulier l'audience du 7 octobre 2009, ait nécessité l'assistance de cinq avocats, pour un coût total de 21 456 EUR.

161. Compte tenu des éléments en sa possession et des critères dégagés dans sa jurisprudence, la Cour octroie aux requérants conjointement la somme globale de 15 000 EUR au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt.

C. Intérêts moratoires

162. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, que, dans l'éventualité de la mise à exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois, la somme de 15 000 EUR (quinze mille euros), pour frais et dépens, à convertir en francs suisses au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 6 juillet 2010.

Vincent Berger
Jurisconsulte

Jean-Paul Costa
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Lorenzen, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva ;
- opinion concordante du juge Cabral Barreto ;
- opinion concordante du juge Malinverni ;
- opinion séparée commune aux juges Jočienė, Sajó et Tsotsoria ;
- opinion dissidente du juge Zupančič.

J.-P.C.
V.B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE LORENZEN, À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE KALAYDJIEVA

(Traduction)

J'ai voté avec la majorité en faveur de la violation en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007, et je souscris en partie au raisonnement qui a abouti au constat de violation. Cependant, je souhaiterais ajouter quelques observations personnelles relatives en particulier à un point sur lequel je ne partage pas l'opinion exprimée dans l'arrêt.

Je tiens tout d'abord à souligner que je suis entièrement d'accord avec la majorité sur le fait que la Convention de La Haye est applicable en l'espèce et que la requérante a agi de manière « illicite » au sens de cet instrument en emmenant son enfant en Suisse sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire d'une juridiction israélienne. Il est donc clair que cette affaire doit être appréciée à partir du fait que l'enfant devait être renvoyé en Israël en vertu de l'article 12 de la Convention de La Haye, à moins que les conditions justifiant de ne pas le faire énoncées à l'article 13 soient réunies. Je souscris totalement à ce qui est exposé au paragraphe 141 de l'arrêt : la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté, en cas de retour, à un risque grave de danger psychique au sens de cet article. Les juridictions nationales, qui se trouvent au contact direct des protagonistes, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable. Toutefois, il appartient à la Cour de rechercher si l'application qui a été faite de la Convention de La Haye a respecté les garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le retour en Israël du second requérant sans sa mère l'exposerait à un risque grave de danger psychique. Ce point a été reconnu par toutes les juridictions suisses qui ont eu à connaître de l'affaire, et même par le père de l'enfant. Le gouvernement défendeur lui-même l'a admis. Il me semble donc que la Cour peut considérer ce risque comme un fait établi sans procéder à un examen complémentaire.

Cependant, l'arrêt du Tribunal fédéral repose sur le postulat que « l'on peut raisonnablement attendre de [la première requérante] [qu'elle] accompagne l'enfant en Israël ». De même, la Chambre a estimé qu'il fallait « examiner si le retour en Israël [était] envisageable pour la mère », et elle a conclu que, celle-ci « n'invoquant pas d'autres motifs qui l'empêcheraient de

vivre en Israël, [on pouvait] raisonnablement attendre d'elle qu'elle regagne ce pays » (paragraphe 88 de l'arrêt de chambre).

Ces conclusions n'emportent pas mon adhésion et je ne trouve pas que la majorité les ait traitées de manières convaincantes, et ce pour les raisons suivantes :

La Convention de La Haye s'applique aux enlèvements illicites d'enfants, et pose en pareil cas une obligation pour les parties contractantes de garantir le retour rapide de ces enfants dans leur Etat d'origine. On ne saurait l'interpréter comme obligeant le parent – ou toute autre personne responsable de l'enlèvement – à retourner lui aussi dans le pays en question. A ma connaissance, aucune autre loi suisse n'impose non plus pareille obligation. En retenant une telle application de la Convention de La Haye, on créerait en réalité la possibilité de « condamner » un individu à vivre hors de son pays d'origine pendant de nombreuses années, avec toutes les complications que cela comporte, au simple motif que l'on estime de l'intérêt supérieur de l'enfant de pouvoir voir son autre parent. A mon avis, une telle démarche se heurterait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit notamment le droit au respect de la vie privée, ainsi qu'à l'article 2 du Protocole n° 4, qui garantit la liberté de circulation (voir par exemple, *mutatis mutandis*, les arrêts *Riener c. Bulgarie* du 23 mai 2006 et *Gotchev c. Bulgarie* du 26 novembre 2009). En conséquence, je considère qu'il est inutile, aux fins de la décision à prendre eu égard à la Convention de La Haye, d'examiner, comme cela a été fait dans la présente affaire, le point de savoir si une personne a des motifs pertinents de ne pas vivre dans un pays donné – de plus, je trouve déplacé de procéder à un tel examen, car la seule personne qui puisse raisonnablement trancher cette question est l'intéressé lui-même. Il est frappant que le Tribunal fédéral et la chambre de la Cour aient conclu que l'on pouvait raisonnablement attendre de la première requérante qu'elle retourne en Israël alors même que le tribunal des affaires familiales israélien avait indiqué dans sa décision du 27 mars 2005 que l'intéressée « n'avait pas d'attaches dans ce pays » (paragraphe 27 de l'arrêt).

A mon avis, le fait que la première requérante ait agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye n'a d'importance que pour déterminer s'il pouvait exister en vertu de cet instrument une obligation de retour de l'enfant. A cet égard, il ne faut pas oublier qu'en fait, la requérante a d'abord fait ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle dans la situation à laquelle elle se trouvait confrontée, c'est-à-dire qu'elle a demandé aux juridictions israéliennes de lever l'interdiction de sortie du territoire de son enfant. Or les juges ont rejeté sa demande sans paraître tenir compte de sa situation personnelle ni de l'intérêt supérieur de l'enfant. La réaction de

l'intéressée face aux conséquences de ce refus catégorique est donc compréhensible, même si elle était « illicite » au sens de la Convention de La Haye.

Cela étant dit, il me semble que le Tribunal fédéral n'a pas imposé à la requérante l'obligation juridique de s'installer en Israël, et qu'il ne pouvait d'ailleurs pas le faire. Dès lors, celle-ci ne pouvait se voir opposer directement l'arrêt du Tribunal si elle refusait de quitter la Suisse ; et le flou subsiste quant au point de savoir si, en ce cas, l'arrêt en question aurait pu être exécuté quant à ses autres dispositions, puisqu'il reposait sur le postulat que la mère accompagnerait l'enfant. Il semble plutôt que l'intention des juges dans cette partie de leur raisonnement était de faire pression moralement sur la première requérante pour qu'elle retourne en Israël avec le second requérant. Je vois mal comment un tribunal pourrait prétendre fonder une décision de cette sorte sur des considérations d'ordre moral, sans aucune base légale. Quoi qu'il en soit, cette démarche a eu pour conséquence malheureuse, en l'espèce, d'éviter au Tribunal fédéral de tirer la conclusion qui s'imposait, à savoir que le retour de l'enfant sans sa mère ne se justifiait pas en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye. Il n'est pas question ici de sous-entendre que le Tribunal s'est délibérément appuyé sur ce raisonnement pour contourner l'article 13. Au contraire, je suis convaincu que tel n'était pas le cas, et que les juges étaient animés de l'intention de faire appliquer les obligations découlant de la Convention de La Haye. J'estime cependant qu'ils ont mal interprété cet article, de sorte qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'exécution de l'arrêt qu'ils ont rendu le 16 août 2007, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

Dans le souci d'éviter tout malentendu quant aux raisons qui motivent cette opinion séparée, je voudrais encore ajouter ceci : je tiens à ce qu'il soit bien clair qu'il n'est nullement dans mon intention de remettre en cause la Convention de La Haye, qui est un instrument international extrêmement important pour la lutte contre les enlèvements d'enfant, ou son application dans la jurisprudence de la Cour jusqu'à présent. Cependant, je considère que les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, dans la mesure où nul ne conteste qu'il était clairement dans l'intérêt supérieur du second requérant de rester avec sa mère, quel que soit le pays où celle-ci résiderait. Je ne me rappelle pas avoir vu d'autres cas portés devant la Cour dans lesquels le retour de l'enfant ait été ordonné en pareilles circonstances. Dès lors, refuser le retour du second requérant dans cette affaire ne porte nullement atteinte à l'application normale de la Convention de La Haye.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE CABRAL BARRETO

Si je suis d'accord pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de la décision ordonnant le retour en Israël du second requérant, j'aimerais ajouter les remarques suivantes.

1. Que ce soit le Tribunal fédéral suisse ou le gouvernement suisse, nul ne préconise le retour du requérant sans tenir compte de sa situation spéciale.

Le Tribunal fédéral a toujours admis que le retour du requérant se faisait avec sa mère et considéré cet élément comme une condition *sine qua non* : « *A supposer que ce risque [risque d'emprisonnement de la mère à son arrivée en Israël] soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant – ce qui exclurait par conséquent le retour de [l'enfant] au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère* » – § 44.

A son tour, le Gouvernement a précisé que « les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violations des droits des intéressés » - § 129.

2. Il est accordé beaucoup de poids dans l'arrêt au risque pour la mère d'être poursuivie, puis incarcérée – § 150.

Comme tous, je suis d'accord pour dire que ce risque rend le retour inenvisageable.

Il faut donc écarter ce risque, ce qui me semble possible avec des garanties sûres des autorités israéliennes compétentes assurant aux autorités suisses et à la mère que celle-ci ne sera pas poursuivie pour l'enlèvement de l'enfant.

3. Mais cela ne me suffit pas.

Pour moi, il faut aussi que le retour et le séjour de l'enfant et de sa mère en Israël se déroulent dans une ambiance sereine et propice à leur bien-être.

Il faut ainsi que soient réunies un certain nombre de conditions, telles qu'un logement approprié pour la mère et pour son fils et un travail adéquat pour la mère.

De plus, la mère doit avoir la possibilité d'entamer une procédure de révision en ce qui concerne l'autorité parentale et le droit de visite du père.

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.

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.

6. Je ne peux pas accepter que le passage du temps suffise pour transformer une situation « illicite » en situation « licite ».

Je ne veux pas entériner le comportement de la requérante et, en quelque sorte, justifier les enlèvements d'enfants dont les auteurs parviennent à résister aux démarches juridiques pendant que le temps s'écoule.

Je déplore tout ce qui pourrait être vu comme une sorte d'acceptation des conduites qui ont pour conséquence de rendre lettre morte la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI

Le 8 janvier 2009, j'ai dit avec la majorité des juges de la chambre que le retour de Noam en Israël n'emporterait pas violation de l'article 8. Aujourd'hui, j'affirme, toujours avec la majorité, que les droits garantis par cette disposition seraient violés dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour du second en Israël était mise à exécution.

Je me dois de donner quelques explications sur les raisons qui m'ont conduit à voir aujourd'hui cette affaire sous un jour différent et à revenir sur ma position antérieure. Ces raisons tiennent à plusieurs facteurs, tous postérieurs à l'arrêt rendu par la chambre.

1. Le but de la Convention de La Haye est d'empêcher que le parent ravisseur ne parvienne à légitimer par le passage du temps, qui joue en sa faveur, une situation illicite qu'il a créée de manière unilatérale. Il faut toutefois reconnaître que plus un enlèvement dure, plus il devient difficile d'exiger le retour de l'enfant, car la situation créée par l'enlèvement se consolide avec le passage du temps.

Comme l'a affirmé la Cour dans un arrêt récent, « dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. Les procédures relatives au retour d'un enfant enlevé (...) exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui ».¹

Il s'agit donc, en d'autres termes, une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au *statu quo ante*, en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites.

Il convient de noter à cet égard que la convention de La Haye elle-même exige, en son article 11, que les autorités judiciaires ou administratives saisies procèdent d'urgence au retour de l'enfant, toute inaction dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation.

Quant à l'article 12, il dispose que lorsqu'un enfant a été déplacé et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir de ce déplacement, l'autorité saisie doit ordonner son retour immédiat (alinéa premier). Lorsqu'une période de plus d'un an s'est écoulée depuis le jour du

¹ Arrêt *Macready c. République tchèque*, n^{os} 4824/06 et 15512/08, du 22 avril 2010, non encore définitif au moment de l'adoption du présent arrêt.

déplacement, l'autorité doit également ordonner le retour de l'enfant, à moins toutefois qu'il ne soit établi que celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu (alinéa deuxième).

Noam est né le 10 juin 2003. Il est arrivé en Suisse le 24 juin 2005, alors qu'il était âgé de deux ans et quelques jours. L'autorité centrale israélienne n'a été en mesure de le localiser que le 21 mai 2006, et le ministère israélien de la Justice a adressé à l'Office fédéral de la justice à Berne le lendemain une requête tendant au retour de l'enfant.

La procédure judiciaire en Suisse a commencé le 8 juin 2006, lorsque le père de Noam a saisi la Justice de paix du district de Lausanne afin que celle-ci ordonne le retour de l'enfant en Israël. Elle a pris fin par un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 16 août 2007 et notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007. Dans cet arrêt, la haute juridiction ordonnait à la mère de Noam d'assurer son retour en Israël avant la fin du mois de septembre 2007.

L'enfant avait alors à peu près quatre ans et trois mois. Il en avait passé environ deux en Suisse et tout autant en Israël.

La chambre de la Cour a rendu son arrêt le 8 janvier 2009 et la Grande Chambre le 2 juin 2010.

Noam est aujourd'hui âgé de sept ans, dont deux passés en Israël et cinq en Suisse.

Je suis d'avis qu'après l'écoulement d'un tel laps de temps, le rétablissement du *statu quo ante* n'est tout simplement plus envisageable.

2. La chambre avait admis que l'on pouvait exiger de la mère qu'elle retourne en Israël avec son fils. L'intéressée y avait vécu pendant six ans, et on pouvait supposer qu'elle y disposait encore d'un certain réseau social. S'agissant du risque qu'elle soit condamnée à une peine d'emprisonnement en cas de retour en Israël, la chambre s'était fiée aux assurances qui avaient été données par les autorités israéliennes. Or il semblerait que l'éventuelle renonciation par lesdites autorités à des poursuites pénales serait soumise à plusieurs conditions liées au comportement de la requérante. On ne peut donc pas considérer que la lettre de l'autorité centrale israélienne datée du 30 avril 2007 contient des assurances fermes selon lesquelles la requérante n'encourrait aucune sanction pénale. Se pose dès lors la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse où sa mère serait poursuivie puis incarcérée.

3. La chambre avait estimé que le déplacement de Noam en Suisse était illicite parce que le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*), qui comprend, selon le droit israélien, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (article 5 de la Convention de La Haye). La mère ne pouvait donc pas décider seule du lieu où résiderait son fils. En outre, ce déplacement rendait illusoire, en pratique, le droit de visite qui avait été accordé au père. Le but même d'un éventuel retour de Noam en Israël était donc de lui permettre de connaître son père et d'avoir des relations avec lui.

La chambre avait accordé un certain poids au rapport du docteur B., pédopsychiatre, selon lequel il existait un risque important que Noam soit perturbé à l'adolescence en l'absence de figure d'identification paternelle, surtout lorsqu'il apprendrait dans quelles circonstances il avait été séparé de son père.

Il ressort toutefois de l'ordonnance du 29 juin 2009, qui a été rendue après l'arrêt de la chambre, qui est la décision judiciaire nationale la plus récente dans cette affaire, et contre laquelle les parties n'ont apparemment pas interjeté appel, que le domicile actuel du père est inconnu, qu'il n'a jamais cherché à voir son fils depuis que l'enfant est en Suisse et qu'il semble désormais se désintéresser de la cause. D'ailleurs, selon les requérants, non contredits par le gouvernement, le père se serait remarié le 1^{er} novembre 2005 pour divorcer quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte. Il aurait ensuite contracté une troisième union et aurait été poursuivi en 2008, par sa deuxième épouse, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille.

4. Enfin, une dernière raison m'a conduit à revoir ma position : il s'agit de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, donc postérieurement à l'arrêt du Tribunal fédéral et à celui de la chambre. L'article 5 de cette loi vise à concrétiser l'exception prévue à l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye, en raison des difficultés d'interprétation de cette disposition qu'ont rencontrées les autorités suisses chargées de son application.

Intitulé « Retour et intérêt de l'enfant », cet article dispose notamment que l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'article 13 alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye dans les hypothèses suivantes :

a) D'abord, lorsque le placement de l'enfant auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans son intérêt. Cette condition me paraît réalisée dans le cas d'espèce, au vu de la personnalité du père de Noam, telle qu'elle

ressort de plusieurs passages de l'arrêt. Il est d'ailleurs permis de douter des capacités du père à s'occuper de l'enfant, compte tenu de son passé et du caractère limité de ses ressources financières. Il n'a jamais habité seul avec son fils et ne l'a jamais revu depuis son départ d'Israël.

b) Ensuite, lorsque le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui. Cette condition me paraît elle aussi réalisée. Comme l'observe la Cour à juste titre, le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît pas entièrement injustifié. Ayant la nationalité suisse, elle a le droit de rester en Suisse. À supposer même qu'elle consente à retourner en Israël, il se poserait la question de savoir qui prendrait l'enfant en charge dans l'hypothèse où elle serait incarcérée (§ 150).

En conclusion, c'est donc principalement le passage du temps, conjugué avec la découverte du véritable visage du père de Noam, qui m'a conduit à modifier mon appréciation des enjeux dans cette affaire, et à conclure que le retour de l'enfant en Israël ne serait pas dans son intérêt.

OPINION SÉPARÉE COMMUNE AUX JUGES JOČIENĚ, SAJÓ ET TSOTSORIA

(Traduction)

1. Nous sommes d'accord avec la majorité pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007.

Nous considérons de surcroît qu'un retour en Israël opéré conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral (qui ordonne à la mère de renvoyer son fils dans ce pays sans conditions supplémentaires) aurait emporté violation de l'article 8 de la Convention parce que le Tribunal n'a pas tenu dûment compte, dans son application de la Convention de La Haye, des droits des requérants protégés par cet article.

2. La première requérante ayant agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye en enlevant son enfant et en l'emmenant en Suisse sans l'autorisation des juridictions israéliennes, il s'ensuit que cet instrument est applicable en l'espèce.

3. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes dans l'exercice de leurs responsabilités (voir, parmi d'autres arrêts, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A, § 55, et *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I, § 65). Cela étant, nous sommes entièrement d'accord avec la majorité pour dire que la Cour est compétente pour déterminer si, dans leur application et leur interprétation des dispositions de la Convention de La Haye, les juridictions internes ont bien veillé au respect des garanties consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme, et en particulier celles posées à l'article 8 (paragraphe 133 de l'arrêt). La question qui se pose en l'espèce est donc celle de savoir si le Tribunal fédéral suisse a bien respecté les garanties de l'article 8 à l'égard des deux requérants lorsqu'il a décidé et ordonné le retour contraint du second requérant en Israël.

4. Lorsqu'il a examiné l'affaire sous l'angle de l'article 13 de la Convention de La Haye, le Tribunal fédéral a estimé que « [l]es exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la [Convention de La Haye] [devaient] être interprétées de manière *restrictive* », et il a précisé que « le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal » et que « [s]euls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents (...) » (extraits de l'arrêt suisse cité au paragraphe 44 de l'arrêt de la Cour, soulignements ajoutés). Or il était tenu de veiller au respect des garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (paragraphe 133). La gravité

du risque doit s'interpréter en accord avec la Convention européenne et à la lumière de ses dispositions. L'intérêt d'ordre public consistant à veiller à ce qu'un comportement illégal ne procure à son auteur aucun avantage ne saurait exclure les autres considérations relatives à la protection des droits individuels, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Convention de La Haye elle-même permet, par son article 13, cette approche mesurée.

Pour bien appliquer l'article 13 de la Convention de La Haye, il aurait fallu tenir dûment compte des droits protégés par l'article 8, en gardant à l'esprit que dans ce contexte, il ne peut être ménagé de juste équilibre qu'en accordant une importance primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, lorsqu'une autorité nationale doit annuler les effets nuisibles du déplacement ou du non-retour illicites d'un enfant, elle doit tenir compte des conséquences qu'aurait le retour de celui-ci ; en d'autres termes, elle doit appliquer la Convention de La Haye en se tournant vers l'avenir. Une conception restrictive de la notion de risque grave peut faire obstacle à un examen mesuré. De plus, l'application de l'article 13 de la Convention de La Haye appelle une analyse complète, comme le suggère l'alinéa premier, lettre b), de cette disposition, qui commande expressément d'éviter de placer l'enfant, par son retour, dans une « situation intolérable ».

Nous estimons que, du fait de l'interprétation restrictive qu'il a retenue, le Tribunal fédéral n'a pas accordé le poids qu'il fallait aux intérêts et aux droits protégés par l'article 8, combinés avec d'autres droits garantis par la Convention (en particulier le droit de M^{me} Neulinger à la dignité en tant que personne autonome).

5. Le Tribunal fédéral n'a pas avancé de motifs raisonnables pour justifier son rejet de l'expertise du Dr B., qui avait été ordonnée et admise par le tribunal du canton de Vaud. Selon cette expertise, le retour de l'enfant en Israël *avec* sa mère l'aurait exposé à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant (paragraphe 37). Les juges n'ont pas non plus examiné l'impact du caractère limité des droits de visite du père et du préjudice financier potentiel. Or ce sont là des facteurs qu'il est extrêmement important de prendre en compte lorsqu'on applique l'article 8, même lorsqu'il s'agit de décider du retour d'un enfant ayant fait l'objet d'un déplacement illicite. Bien entendu, compte tenu de la nature particulière de la situation, le poids respectif des différents facteurs (par exemple, celui de l'ordre public lié à la dissuasion de l'idée de l'enlèvement) diffère de ce qui s'applique dans les affaires « ordinaires » de placement d'enfants. Les juridictions nationales, qui se trouvent au *contact direct* des intéressés, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable.

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.

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.

8. Comme eux, nous sommes persuadés que les juges du Tribunal fédéral étaient animés des meilleures intentions et qu'ils voulaient faire appliquer les obligations imposées par la Convention de La Haye ; mais nous estimons qu'ils n'ont pas interprété correctement l'article 13 de cet instrument à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et que, dès lors, leur arrêt du 16 août 2007 a emporté violation de l'article 8 de la Convention européenne, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

1. J'ai voté contre le constat d'une violation conditionnelle de l'article 8 (en d'autres termes, contre le constat qu'il y aurait violation *dans l'hypothèse* où l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007 serait exécuté). A mon avis, l'article 8 de la Convention est déjà violé, et ce pour deux raisons.

2. Il est clair que la violation se serait concrétisée – c'est-à-dire que la décision de la juridiction suisse aurait été exécutée – si la Cour n'avait pas indiqué de mesure provisoire (en vertu de l'article 39 du règlement).

3. En ce sens, et par quelques autres aspects, la violation a clairement été consommée en Suisse.

4. La Cour n'a jamais, jusqu'ici, considéré comme des violations potentielles la simple exécution de décisions de justice définitives (alors que la non-exécution peut emporter violation).

5. Lorsque la Cour constate une violation, l'élément constitutif est la décision définitive d'une juridiction interne, et non pas simplement l'exécution de la décision en question.

6. Plus concrètement, le caractère hypothétique de la violation à laquelle conclut la majorité empêche probablement maintenant les requérants d'obtenir la réouverture de la procédure devant les juridictions internes. De plus, en vertu du droit suisse – qui a, de manière louable, joué un rôle pionnier en la matière – le constat par la Cour d'une violation nette, et non d'une violation purement hypothétique en cas d'exécution d'une décision de justice définitive, n'entraînerait pas uniquement la réouverture de l'affaire devant les juridictions internes.

7. En effet, il est clair aujourd'hui qu'une telle réouverture imposerait aussi à la juridiction suisse de suivre l'arrêt de la Cour non seulement en son dispositif, mais aussi en ses motifs.

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.

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.

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).

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* (n° 39388/05, CEDH 2007-XIII) pour conclure à la violation.

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.

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.

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*.

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).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 ».

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.