

Commentaires d'arrêts et perspectives³⁹

Un bref commentaire sur *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (2010), Cour européenne des droits de l'homme

Professeur Linda SILBERMAN

Professeur de droit Martin Lipton, Faculté de droit de l'Université de New York

La décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Neulinger* est une évolution malheureuse de la jurisprudence relative à la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants. La Convention européenne des droits de l'homme contient diverses dispositions pertinentes dans les cas d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention de La Haye. L'article 8 alinéa 1, en particulier, qui prévoit un droit au respect de la vie familiale, a été l'objet d'avis de la Commission européenne, et plus tard de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans des jugements antérieurs, un ravisseur estimant que la décision de retour portait atteinte à sa vie familiale avait été débouté de sa demande. Les autorités nationales avaient ordonné le retour de l'enfant, conformément à leurs obligations en vertu de la Convention. Dans plusieurs affaires, il a d'ailleurs été jugé que les pays avaient enfreint l'article 8 en n'appliquant pas les dispositions de la Convention.

L'affaire *Neulinger* représente un recul considérable à divers titres. Le Tribunal fédéral suisse, infirmant la décision d'un tribunal de district et d'appel au niveau cantonal, avait ordonné le retour de l'enfant à la fin de septembre 2007. La procédure d'exécution de cet ordre n'a jamais été entamée car peu de temps après, un recours a été introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme par la ravisseuse et son enfant, contestant la décision de retour comme une ingérence dans sa vie familiale en vertu de l'article 8. Le Président de la Chambre a indiqué au gouvernement suisse que la décision de retour ne devait pas être exécutée tant que ces procédures étaient en cours. En juin 2009, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a octroyé l'autorité parentale de manière provisoire à la seule mère aux fins d'obtenir des papiers d'identité pour l'enfant.

En janvier 2009, une chambre « initiale » composée de sept juges a décidé par 4 voix contre 3 que l'article 8 n'avait pas été enfreint. L'affaire a ensuite été transmise à la Grande Chambre, qui, en juillet 2010, a jugé que la Suisse serait en violation de l'article 8 si elle exécutait à présent la décision de retour.

³⁹ Le Bureau Permanent accueille favorablement des commentaires sur des décisions et développements importants. Les vues exprimées sont celles de l'auteur, et non du Bureau Permanent, de la Conférence de La Haye ou de ses États membres.

La Grande Chambre a porté son attention sur un point sur lequel chacune des juridictions suisses ayant entendu la demande fondée sur la Convention de La Haye s'était entendue. Il était estimé que l'article 13 (1) *b*) (qui interdit le retour s'il existe un risque grave que celui-ci n'expose l'enfant à un danger physique ou ne le place dans une situation intolérable) justifierait que le retour de l'enfant ne soit pas ordonné si la mère ne pouvait pas rentrer avec l'enfant en Israël. Bien que les tribunaux suisses au niveau cantonal aient estimé le refus de rentrer exprimé par la mère comme justifié, le Tribunal fédéral suisse et la chambre initiale de la Cour européenne des droits de l'homme ont jugé que la mère était en fait en mesure de revenir avec l'enfant en Israël et d'intenter des poursuites dans ce pays. La Grande Chambre de la Cour a néanmoins jugé qu'exiger de la mère de retourner en Israël avec l'enfant constituerait une atteinte à ses droits. La Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'une « marge d'appréciation » doit être laissée aux autorités nationales pour prendre cette décision (paragraphe 145), mais a estimé qu'il convient d'évaluer la situation au moment de l'exécution de la décision de retour et non pas lorsque celle-ci a été prise. Tirant un parallèle avec sa jurisprudence relative à l'expulsion des étrangers, la Grande Chambre a décidé pour son compte que l'« intégration » de l'enfant dans le nouveau pays et les difficultés d'un parent qui l'accompagne doivent être prises en compte dans cette appréciation.

Un aspect particulièrement troublant de l'avis est sa référence (aux paragraphes 145-47) à l'article 12 de la Convention pour justifier le non-retour. Cet article dispose que si une affaire est introduite plus d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite, le retour n'est pas exigé si l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement. Dans l'affaire *Neulinger*, les procédures de La Haye ont bien été engagées en Suisse dans le délai d'un an après l'enlèvement, même s'il a fallu près d'une année pour localiser l'enfant. Mais la Grande Chambre applique le concept de l'intégration au nouvel environnement au laps de temps où l'enfant vivait en Suisse depuis son enlèvement en 2005, bien que le retard dans l'exécution de l'ordonnance de retour puisse être attribué à la procédure devant la Cour européenne elle-même et sa décision de ne pas exécuter l'ordonnance de 2007. Des ravisseurs potentiels pourraient bien s'inspirer de la leçon de l'affaire *Neulinger*: enlever l'enfant, le cacher et prolonger les procédures afin que l'enfant puisse être considéré comme « bien intégré ».

La question de « l'intérêt supérieur » de l'enfant a également été abondamment discutée dans l'affaire *Neulinger*. La Grande Chambre insiste sur le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant « doit être évalué dans chaque cas particulier ». Elle concède que la tâche en revient aux « autorités nationales », mais souligne que la « marge d'appréciation » est soumise à un contrôle européen. La Cour soutient qu'elle a la responsabilité de « déterminer si les juridictions internes ont conduit un examen approfondi de la situation familiale dans son ensemble et de toute une série de facteurs », pour déterminer les meilleures dispositions visant un enfant enlevé, dans le cadre d'une demande de retour. Mais cette situation méconnaît le rôle d'un tribunal saisi d'une procédure visant au retour d'un enfant. En vertu de la Convention, ce rôle est d'assurer la sécurité et le bien-être de l'enfant en rendant une

décision ordonnant le retour. Il appartient aux juridictions de la résidence habituelle d'examiner « la situation familiale dans son ensemble » afin de prendre des décisions appropriées en ce qui concerne la garde. Le Tribunal fédéral suisse avait ainsi tout à fait raison : il était tenu de mener une enquête appropriée sur les difficultés auxquelles devrait faire face la ravisseuse du fait de son retour et, après avoir déterminé que le refus de retour n'était pas justifié, il ordonna le retour. Le changement opéré par la Grande Chambre envers l'« ingérence disproportionnée » dans la vie de la mère du fait d'une décision de retour est malheureux et ouvre la porte à une augmentation du nombre des enlèvements émanant de parents disposant du droit de garde.

Il n'est pas possible d'ignorer le contexte de l'affaire *Neulinger* et l'impact sur les questions d'établissement dans un autre pays. La mère-ravisseuse souhaitait s'établir en Suisse, mais les tribunaux israéliens refusaient de lever l'ordre de *ne exeat* pour lui permettre de quitter Israël et de se rendre avec

son fils en Suisse. Si elle retournait à présent en Israël avec l'enfant, il est peu probable que les tribunaux israéliens lui permettraient de s'installer à l'étranger, même si elle devait conserver la garde. Et c'est la problématique de l'établissement dans un autre pays qui se cache derrière le nombre croissant d'enlèvements par des parents investis du droit de garde. Malheureusement, l'affaire *Neulinger* rassure un parent ravisseur – peut-être celui à qui le droit de s'installer dans un autre pays a été refusé – en appuyant la possibilité de s'établir « unilatéralement » et en insistant sur le droit de rester (« ayant la nationalité suisse, elle a le droit de rester en Suisse », affirme la Grande Chambre).

La posture procédurale particulière de *Neulinger* – une décision provisoire de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, qui en réalité surseoit à la décision de retour prise par le Tribunal fédéral deux ans auparavant – peut limiter l'affaire à ses faits. Il serait regrettable qu'elle ait un impact plus large.